Die Lehre

von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast

mit besonderer Rücksicht auf die Reichscivilprozeßordnung

und

den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuchs

für das deutsche Reich

dargestellt von

Dr. Carl Reinhold,

Geh. Justizrath und Landgerichtsdirektor a. D. zu Weimar.

Berlin, 1888.

Siemenroth & Worms.

SW. Wilhelmstraße 129.

Preis: 3 Mark.

Kurtz. — **Anleitung zur Bearbeitung der Strafsachen** bei den Amtsgerichten mit Berücksichtigung des Bureau- und Kostenwesens. Nebst einem Anhang, enthaltend die Vorschriften über Strafnachrichten, Zählkarten und ein Formular-Verzeichniß von **C. Kurtz**, Königl. Amtsrichter. 1887. XIII u. 198 S. 8⁰. Cart. 3 Mark.

Neumann. — **Das Börsensteuergesetz** (Tarifnummer 4 des Reichsstempelgesetzes) für die praktische Anwendung dargestellt von H. Neumann, Kaiserl. Geh. Regierungsrath und vortragender Rath im Reichsschatzamt. Mit einer Tabelle. Dritte unveränderte Auflage. 1885. VI u. 144 S. gr. 8⁰. Geb. 3 Mark 50 Pf.

Ortloff. — **Der Wechsel-Verkehr** nach deutschem und österreichischem Recht. Handbuch für Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Bankiers, Kaufleute, Gewerbetreibende, Mäkler, Wechsel-Agenten, Steuer- und Postbeamte, zum Gebrauch in Gerichts- und Schreibstuben sowie in Handels-, Gewerbe- und auf Rechtsschulen, von Dr. Hermann Ortloff, Landgerichtsrath. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. 1887. Geh. 3 Mark 25 Pf.

— — **Gerichtlich-medicinische Fälle und Abhandlungen.** Unter Mitwirkung von Aerzten und Juristen herausgegeben von Dr. H. Ortloff, Landgerichtsrath.

1. Heft. Kind oder Foetus? Vom Herausgeber. Preis 2 Mark 40 Pf.
2. Heft. I. Versuch eines Mordes oder Selbstmordes? Erwürgen und Erdrosseln. Von Arno Siefert, erstem Staatsanwalt in Weimar. — II. Verbrechensverübung im Traumwandeln. Vom Herausgeber. Preis 1 Mark 60 Pf.
3. Heft. Strafbare Fahrlässigkeit bei Ausübung der Heilkunst. Vom Herausgeber. Preis 2 Mark 40 Pf.

Weitere Hefte sind in Vorbereitung.

Peiser. — **Die Zwangsverwaltung von Grundstücken** nach dem preußischen Gesetze vom 13. Juli 1883. Für die Praxis, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Obertribunals, dargestellt von Heinrich Peiser, Landrichter. 1888. X u. 176 S. 8⁰. Cartonnirt 3 Mark.

Pollack. — **Der Schenkungswiderruf, insbesondere seine Vererblichkeit.** Ein Beitrag zur Abfassung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches von Dr. H. Pollack, Landrichter in Köslin. 1886. XVI u. 220 S. gr. 8⁰. Geh. 4 Mark 50 Pf.

— — **Mittheilungen über den Hexenprozeß in Deutschland**, insbesondere über verschiedene westphälische Hexenprozeßakten. Von Dr. H. Pollack, Landrichter in Köslin.

von Rohr. — **Unfallversicherung.** I. Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884. Bekanntmachung des Bundesraths vom 22. Januar 1885 und Ausdehnungsgesetz vom 28. Mai 1885. Mit einer systematischen Darstellung, fortlaufenden Erläuterungen und dem gesammten amtlichen Ausführungsmaterial von v. Rohr, Regierungs-Assessor. Zweite umgearbeitete und erweiterte Auflage. 1886. XII und 308 S. kl. 8⁰. Gebunden 3 Mark.

Reinhold.

Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast.

Die Lehre

von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast

mit besonderer Rücksicht auf die Reichscivilprozeßordnung

und

den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuchs

für das deutsche Reich

dargestellt von

Dr. Carl Reinhold,

Geh. Justizrath und Landgerichtsdirektor a. D. zu Weimar.

Berlin, 1888.

Siemenroth & Worms.

SW. Wilhelmstraße 129.

Vorwort.

Die vorliegende Schrift enthält eine neue Bearbeitung der von mir in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Neue Folge Bd. XIII (Jahrgang 1855) unter dem Titel „Beiträge zur Lehre von den Einreden und zur Lehre von der Beweislast" veröffentlichten Abhandlung. Die praktische Wichtigkeit des Gegenstandes ist längst anerkannt. In der Mehrzahl der Prozesse, von einfachen Schuldklagsachen abgesehen, spielt die Frage, wer zu beweisen habe, oder, was auf dasselbe hinausläuft, welche von den unter den Parteien streitigen Behauptungen zum Klaggrunde gehöre und welche Gegenstand einer Einrede, einer Replik u. s. w. sei, eine große Rolle, und gar nicht selten hängt das Schicksal des ganzen Prozesses von der Beantwortung einer solchen Frage ab. Man hat behauptet, daß die Lehre von der Beweislast durch das in § 259 der Reichscivilprozeßordnung aufgestellte Princip der freien Beweiswürdigung einen großen Theil ihrer Bedeutung verloren habe. Dem muß ich jedoch widersprechen. Die Vorschrift des § 259 bezieht sich auf die Ergebnisse der Beweisführung, nicht auf die Verbindlichkeit zum Beweise. Sie befreit die richterliche Ueberzeugung von den unnatürlichen Schranken, in die sie durch die formellen Beweisregeln des früheren Prozeßrechts eingeengt war, aber sie befreit nicht die Parteien von der Beweislast und ändert auch an den Grundsätzen darüber nichts. Eher könnte es scheinen, als ob eine Aenderung in dieser Beziehung durch die in § 256 der Civilprozeßordnung enthaltene Vorschrift der Beweisverbindung herbeigeführt worden wäre. Diese Vorschrift beseitigt das Beweisurtheil des ehemaligen deutschen Prozesses, überhebt also den Richter der Mühe, den Beweissatz und

die Beweislast im Voraus festzustellen. Damit ist jedoch die Nothwendigkeit einer Prüfung dieser Fragen nicht aus der Welt geschafft, sondern nur dem Gericht abgenommen und auf die Parteien oder die sie vertretenden Rechtsanwälte übertragen. Diese haben sich nunmehr selbst darüber Rechenschaft zu geben, welche Thatsachen für die Entscheidung des Prozesses erheblich seien und wem der Beweis dieser Thatsachen obliege, und sind natürlich auch für eine etwaige Versäumniß in dieser Hinsicht verantwortlich. Aber auch dem Richter bleibt bei der endlichen Entscheidung in allen Fällen, in denen erhebliche Umstände unerwiesen geblieben sind, die Prüfung der Frage, welche Partei hinsichtlich jener Umstände als beweispflichtig anzusehen sei und daher die Folgen des Unterlassens oder des Mißlingens der Beweisführung zu tragen habe, nicht erspart.

Mit der praktischen Wichtigkeit des Gegenstandes steht aber die Berücksichtigung desselben in der Gesetzgebung und Litteratur nicht in Einklang. Was das römische Recht über Beweislast enthält, ist sehr dürftig und damit hängt wohl auch die Vernachlässigung dieser Lehre in der älteren Doctrin zusammen. Zum Theil mag die Vernachlässigung aber auch dem Umstande zuzuschreiben sein, daß unsere Lehre weder dem Prozeßrechte noch dem materiellen Rechte ausschließlich angehört, sondern auf der Grenze beider Gebiete liegt. Dieser Umstand macht es erklärlich, daß man lange Zeit hindurch die Lehre von der Beweislast sowohl, wie die mit ihr eng zusammenhängende Lehre vom Klaggrunde und den Einreden kurz abzufertigen und wegen des Weiteren in den Compendien des Prozeßrechts auf das Privatrecht und umgekehrt zu verweisen pflegte. Streitet man doch noch heutigen Tages darüber, ob jene Lehren in das Prozeßrecht oder in das materielle Recht gehören.

Erst seit Kurzem hat man dem immer fühlbarer werdenden praktischen Bedürfniß einer eingehenderen Darstellung der in Rede stehenden Lehren abzuhelfen gesucht und zwar zunächst in einer Reihe von Monographien. Unter diesen ist in erster Linie Weber's bekannte Schrift über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, 1804, 3. Ausg. mit Anmerkungen und Zusätzen von Heffter 1845, als grundlegendes Werk zu nennen. Das Verdienst Weber's besteht hauptsächlich darin, daß er verschiedene Irrthümer, die sich in die Lehre von der Beweislast eingeschlichen hatten, insbesondre die Regel, daß nur affirmative Sätze bewiesen zu werden brauchten, ferner die s. g.

Präsumtionstheorie, die in Ermangelung eines durchgreifenden Princips eine Menge angeblicher Vermuthungen für oder gegen bestimmte Thatsachen aufstellte, gründlich widerlegte und die Hauptregeln aus der Natur der Sache und einigen positiven Vorschriften herleitete. Auf diesen Schriftsteller folgten andere, die theils, wie Bethmann-Hollweg (Versuche über einzelne Theile des Civilprozesses Nr. V S. 319 fg.), die von Weber eingeschlagene Bahn weiter verfolgten, theils, wie Albrecht (die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses), den Begriff der römischen Exceptionen und den der heutigen Einreden entwickelten und auf den Zusammenhang des letzteren Begriffes mit der Lehre von der Beweislast hinwiesen, theils, wie Burckhard (die civilistischen Präsumtionen) verwandte Lehren und ihr Verhältniß zur Lehre von der Beweislast oder endlich einzelne hierher gehörige Streitfragen erörterten.

Von der Aufstellung eines vollständigen Verzeichnisses der einschlagenden Litteratur sehe ich ab, da meines Erachtens mit der bloßen Anführung von Namen und Büchertiteln nichts genützt wird. Dagegen darf nicht unerwähnt bleiben, daß in der neuesten Zeit den in Rede stehenden Lehren auch in Werken allgemeineren Inhalts, in den Lehrbüchern des Prozeßrechts und des Privatrechts, eine größere Beachtung geschenkt wird. So ist namentlich in Wetzel's System des ordentlichen Civilprozesses (3. Aufl.) §§ 16—18 die Lehre vom Klaggrunde und den Einreden und in Unger's System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (4. Aufl.) §§ 123—126, 129 und 130 sowohl die gedachte Lehre, als auch die Lehre von der Beweislast ausführlich dargestellt worden. Dem letztgenannten ausgezeichneten Rechtsgelehrten halte ich mich insbesondere auch für die eingehende Berücksichtigung meiner oben erwähnten Abhandlung, sowie für verschiedene Berichtigungen der von mir darin entwickelten Ansichten zu großem Danke verpflichtet.

Was endlich die neueste Gesetzgebung anlangt, so führt die Civilprozeßordnung in den §§ 137 und 251 unter den selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln die „Klaggründe, Einreden, Repliken u. s. w." auf, äußert sich jedoch über diese Begriffe nicht näher, sondern setzt dieselben als gegeben voraus. Die Lehre von der Beweislast ferner wird nur gestreift und zwar in § 262, dessen Bestimmungen sich auf das s. g. qualificirte Geständniß beziehen. Nach Inhalt der Motive und der Commentare hat man bei der Ausarbeitung

des Entwurfes der Civilprozeßordnung die Frage, was eine Partei zu beweisen habe, und die damit wesentlich zusammenhängende Frage, was sie zur Begründung oder Beseitigung eines Anspruches zu behaupten habe, für materiell-rechtlich erachtet. Demgemäß ist dieser Gegenstand in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich aufgenommen und in den §§ 193—197 eine Reihe allgemeiner Grundsätze darüber aufgestellt worden, neben denen sich noch an verschiedenen Stellen des Entwurfes Einzelvorschriften über die Beweislast finden. In den Motiven Bd. I S. 382 wird u. a. gesagt, dem Meinungsstreite darüber, ob die Lehre von der Beweislast dem bürgerlichen Rechte oder dem Prozeßrechte angehöre, brauche nicht näher getreten zu werden, da die Civilprozeßordnung sich mit der Beweislast nicht befaßt, vielmehr deren Regelung dem materiellen Rechte überwiesen habe. Weiter heißt es: „Gegenüber dem naheliegenden Einwande, daß die in den §§ 193—197 aufgestellten Regeln Fragen entscheiden, deren Beantwortung der Rechtswissenschaft hätte überlassen werden können, darf darauf hingewiesen werden, daß die Aufstellung allgemeiner Grundsätze der einheitlichen Rechtsprechung und der Rechtssicherheit sich dienlich erweisen wird."

In der letzten Bemerkung liegt zugleich die Anerkennung, daß die Wissenschaft auf diesem Gebiete noch keineswegs zum Abschlusse gelangt ist, wie ihr denn auch selbstverständlich durch die in den Entwurf aufgenommenen allgemeinen Regeln nicht hat vorgegriffen werden sollen. Es bedarf daher wohl keiner weiteren Rechtfertigung, daß ich meine Eingangs erwähnte Abhandlung unter Benutzung der neueren Litteratur und der in einer vieljährigen richterlichen Thätigkeit von mir gesammelten Erfahrungen vervollständigt und theilweise umgearbeitet habe und diese neue Bearbeitung dem Publikum mit der Bitte um nachsichtige Beurtheilung übergebe.

Weimar, im September 1888.

Inhaltsverzeichniß.

§ 1. Einleitung.

„Jedes Klagrecht hat zwei Bedingungen: erstlich ein wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht, — zweitens eine Rechtsverletzung, eine Störung, welche den Berechtigten zur Klage veranlaßt." Mit diesen Worten faßt Savigny[1]) die Voraussetzungen des Klagrechts oder der Klage im civilrechtlichen Sinne zusammen. Ich bemerke dazu, daß das von Savigny angegebene zweite Erforderniß bestritten ist, wogegen in Betreff des ersten Erfordernisses allgemeines Einverständniß herrscht.

Muß nun der Kläger, um den Sieg im Prozesse zu erlangen, die angegebenen Bedingungen seines Klagrechts darlegen? Hat er, wenn man von dem bestrittenen Erfordernisse, der Rechtsverletzung, vorerst absieht, wenigstens ein wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht nachzuweisen? Die Antwort lautet entschieden verneinend. Der Kläger braucht weder ein wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht, noch überhaupt ein Recht zu beweisen, es genügt, wenn er eine Thatsache oder eine Mehrheit von Thatsachen beweist, die an sich geeignet war, das von ihm geltend gemachte Recht zur Existenz zu bringen. Der Grund ist, daß die zur Feststellung der streitigen Rechtsverhältnisse erforderlichen Thätigkeiten nicht dem Kläger allein zur Last fallen, sondern sich unter den Richter und die Parteien vertheilen, und zwar nach folgenden allgemeinen Regeln:

A. Den Parteien liegt nur die Herbeischaffung des erforderlichen thatsächlichen Materials ob, Sache des Richters ist es, die Rechtsverhältnisse auf dem Wege der Schlußfolgerung aus den von den Parteien zu seiner Kenntniß gebrachten Thatsachen und den einschlagenden Rechtssätzen zu construiren.

---

[1]) System des heutigen römischen Rechts Bd. V S. 281.

B. Die Herbeischaffung des thatsächlichen Materials liegt aber nicht etwa Einer Partei, dem Kläger, allein ob, vielmehr hat jeder Theil, der Kläger wie der Beklagte, die seinem Interesse dienenden thatsächlichen Momente zur Sprache zu bringen und, falls sie vom Gegner bestritten werden und nicht gerichtskundig sind, zu beweisen.

Hieraus folgt weiter:

1. Da jede Partei nur die ihr förderlichen Momente vorzubringen hat, so genügt zur Begründung der Klage eine rechtserzeugende Thatsache, d. h. eine Thatsache, die in den Gesetzen als Entstehungsgrund eines Rechts, wie das von dem Kläger geltend gemachte, anerkannt ist. Solche Thatsachen haben aber nicht immer ein wirkliches Recht zur Folge. Eine Veräußerung z. B. ist ungültig, wenn der Veräußernde minderjährig war. Eine unerlaubte Handlung (Delict) ferner erzeugt keine Obligation, wenn sie von einem Wahnsinnigen begangen wurde. Die Minderjährigkeit und der Wahnsinn sind Umstände, welche die Entstehung eines Rechts im concreten Falle verhinderten, s. g. rechtshindernde Thatsachen. Thatsachen dieser Art gehören aber zu den für den Beklagten vortheilhaften Momenten. Daher ist es nach dem oben unter B. erwähnten allgemeinen Grundsatze nicht Sache des Klägers, die Abwesenheit rechtshindernder Umstände darzuthun, sondern Sache des Beklagten, den Beweis zu führen, daß ein solcher Umstand vorgelegen habe.

2. Wenn aber auch der rechtserzeugenden Thatsache keine rechtshindernde gegenüberstand und somit die erstere ein Recht erzeugte, so folgt doch daraus noch nicht, daß dieses Recht noch gegenwärtig bestehe. Die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, daß dasselbe inzwischen auf die eine oder andere Weise untergegangen wäre. Zum Untergange eines Rechtsverhältnisses ist aber eine s. g. rechtsvernichtende (rechtsaufhebende, rechtszerstörende) Thatsache erforderlich, d. h. eine Thatsache, die gesetzlich als Aufhebungsgrund des Rechtsverhältnisses anerkannt ist. Thatsachen dieser Art gehören nach dem Grundsatze unter B. ebenfalls zu denjenigen, deren Geltendmachung im Interesse des Beklagten liegt. Demzufolge hat nicht der Kläger die Abwesenheit rechtsvernichtender Thatsachen darzuthun, sondern der Beklagte den Beweis zu führen, daß eine solche Thatsache vorgekommen sei. Beispiele sind Zahlung, Aufrechnung, Erlaß, Vergleich als Aufhebungsgründe von Forderungen.

3. Endlich kann auch ein wirkliches, gegenwärtiges Recht aus irgend einem Grunde nicht verfolgbar sein, z. B. weil eine dem Schuldner ertheilte Zahlungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dem Kläger liegt aber nicht der Beweis der Verfolgbarkeit seines Rechts ob, vielmehr sind die Umstände, welche der Verfolgung entgegenstehen, ebenso wie die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen, nach dem obigen Grundsatze unter B. von dem Beklagten anzuführen und erforderlichen Falles zu beweisen.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so können wir die Voraussetzungen eines Klagrechts (der Klage im materiellen Sinne) in eine positive und negative eintheilen. Die positive Voraussetzung besteht in einem rechtserzeugenden Thatbestande, die negative in der Abwesenheit rechtshindernder, rechtsvernichtender und solcher Thatsachen, welche das Recht beschränken, z. B. desselben Ausübung hemmen (s. oben Ziff. 1, 2 und 3). Zur Begründung der Klage als Prozeßhandlung aber genügt ein rechtserzeugender Thatbestand. Was dagegen die rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtsbeschränkenden Thatsachen anbelangt, so hat nicht der Kläger deren Abwesenheit, sondern der Beklagte das Vorhandensein solcher Thatsachen darzulegen.

Damit sind jedoch weder die Vertheidigungsmittel des Beklagten, noch die Angriffsmittel des Klägers erschöpft. Der Beklagte kann nämlich zu seiner Vertheidigung außer den oben unter 1—3 angeführten Thatsachen auch ein ihm zustehendes selbständiges Recht (Gegenrecht) geltend machen, wodurch die Wirksamkeit des Klagrechts im concreten Falle ausgeschlossen wird. Ein Beispiel ist die Geltendmachung eines jus in re gegenüber einer Negatorienklage. Diese Art der Vertheidigung hat zur Folge, daß in Bezug auf dieselbe die Parteirollen gewechselt werden: der Beklagte tritt an die Stelle des Klägers, der Kläger an die des Beklagten.

Dem Kläger aber stehen den angeführten Vertheidigungsmitteln des Beklagten gegenüber weitere Angriffsmittel zu Gebote. Er kann z. B. der rechtshindernden Thatsache der Minderjährigkeit die Behauptung entgegensetzen, daß der Minderjährige die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis) erlangt gehabt oder mit Zustimmung des Vormundes gehandelt habe. Er kann ferner gegenüber der Verjährung als rechtsvernichtender Thatsache geltend machen, daß die Verjährung unterbrochen worden sei u. s. w. u. s. w.

Man pflegt heutzutage die Thatsachen, die der Kläger zur Begründung der Klage vorzubringen hat, als Klaggrund oder Klagthatsachen zu bezeichnen. Dagegen werden die unter 1—3 aufgeführten Vertheidigungsmittel des Beklagten einschließlich der von ihm geltend gemachten Gegenrechte von der Mehrzahl der Rechtslehrer, namentlich der Prozeßrechtslehrer, Einreden genannt. Diese Benennung ist auch die in der Praxis übliche. Andere lassen nur die Gegenrechte des Beklagten als wahre Einreden gelten, indem sie von der Meinung ausgehen, daß auch das römische Recht unter einer exceptio ein selbständiges Recht des Beklagten verstehe. Dagegen bezeichnen sie das Vorbringen von Thatsachen, die das Klagrecht ipso jure ausschließen, als relative oder qualificirte Verneinung (des Klagrechts, nicht der Klagthatsachen).

Den Einreden im engeren wie im weiteren Sinne des Wortes können, wie schon angedeutet wurde, wieder Repliken oder Gegeneinreden entgegengesetzt werden, die sich zu den Einreden verhalten, wie diese zur Klage. Gegen die Repliken können unter Umständen Dupliken, gegen die Dupliken Tripliken u. s. w. vorgebracht werden.

Manche Schriftsteller unterscheiden zwischen einem materiellen (civilrechtlichen) und einem formellen (prozessualischen) Klaggrunde.[1]) Diese Unterscheidung ist an sich richtig. Indessen empfiehlt es sich meines Erachtens nicht, das Wort „Klaggrund" in einem doppelten Sinne zu gebrauchen, indem dadurch leicht Mißverständnisse hervorgerufen werden können. Zweckmäßiger dürfte es sein, dem herkömmlichen Sprachgebrauche gemäß das Wort „Klaggrund" nur in seiner prozessualischen Bedeutung anzuwenden, zumal da der Ausdruck „Voraussetzungen des Klagrechts" jedenfalls ebenso verständlich ist, als der Ausdruck „materieller Klaggrund" und somit kein Bedürfniß vorhanden ist, den ersteren Ausdruck mit dem letzteren zu vertauschen.[2])

§ 2. Römische Aussprüche — necessitas probandi incumbit ei, qui agit.

Die im vorigen Paragraphen — selbstverständlich unter dem Vorbehalte näherer Begründung und weiterer Ausführung — angedeuteten

---

[1]) Burchardi im Archiv f. civil. Prax. Bd. XVIII S. 208 fg., Schmidt die gemischten Einreden S. 50 fg. Note 61, denen Andere gefolgt sind.

[2]) Vgl. auch Unger Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II S. 452 Note 14.

Regeln der Anführungs- und Beweislast sind in der heutigen Theorie und Praxis ziemlich allgemein anerkannt und werden durch eine Reihe von Aussprüchen in den Quellen bestätigt. So wird z. B. in l. 9 C. de prob. 4, 19 in Betreff der rechtshindernden Thatsache der Minderjährigkeit und in l. 5 C. de codicillis 5, 36 in Betreff der rechtshindernden Thatsache des Wahnsinns dem Beklagten der Beweis auferlegt. Dasselbe wird in l. 25 D. de prob. 22, 3 hinsichtlich der rechtsvernichtenden Thatsache der Zahlung ausgesprochen.

Fragen wir aber nach dem Prinzip, das dieser Vertheilung der Beweislast zu Grunde liegt, so geben uns die Quellen keine genügende Auskunft. Dies ist um so bedauerlicher, als das römische Recht auch verhältnißmäßig wenig einzelne Entscheidungen über die Beweislast enthält [1]) und die durch diesen Mangel hervorgerufenen zahlreichen Controversen nur mit Hülfe allgemeiner Grundsätze entschieden werden können.

Die römischen Aussprüche, soweit sie allgemeiner Natur sind, lassen sich auf folgende zwei zurückführen:

Necessitas probandi incumbit ei, qui agit, [2])

und

Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. [3])

Die Unzulänglichkeit des ersten Ausspruches liegt auf der Hand, denn wenn auch die Beweislast natürlich zunächst den Kläger trifft (actore non probante reus absolvitur), so trifft sie doch nach Inhalt des vorigen Paragraphen nicht ihn allein, sondern sie vertheilt sich zwischen ihm und dem Beklagten. Nun wird zwar die Regel, daß der Kläger zu beweisen habe, vermittelst des Satzes reus excipiendo fit actor [4]) auf den Beklagten in Ansehung seiner Exceptionen

---

[1]) Die Dürftigkeit des römischen Rechtes in dieser Beziehung ist daraus zu erklären, daß nach dem Prozeßverfahren zur Zeit des ordo judiciorum die Beurtheilung der thatsächlichen Fragen ganz dem Arbitrium des Judex überlassen war, der durch allgemeine Regeln durchaus nicht beschränkt werden sollte. Bethmann-Hollweg Versuche S. 321 vgl. mit S. 254, Planck Beweisurtheil § 13, Römer Beweislast hinsichtlich des Irrthums § 2 S. 14, Unger Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II S. 564 Note 26.

[2]) l. 21 D. de prob. 22, 3; § 4 J. de legat. 2, 20; l. 8, 20 C. de prob. 4, 19; l. un. C. de proh. seq. pec. 4, 4.

[3]) l. 2 D. de prob.; l. 23 C. de prob.

[4]) l. 1 D. de except. 44, 1: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.

ausgedehnt.[1]) Aber auch mit dieser Ergänzung enthält unsere Regel kein durchgreifendes Princip, sofern man an dem römischen Begriff der Exceptionen festhält, denn es bleibt hierbei die wichtige und zahlreiche Klasse von Thatsachen unberücksichtigt, welche das Klagrecht nicht ope exceptionis, sondern ipso jure ausschließen. Alle diese Thatsachen, mögen sie nun rechtsverhindernde, rechtsvernichtende oder rechtsbeschränkende sein, sind von dem Beklagten zu beweisen (vgl. § 1). Dies wird, wie wir im Eingange dieses Paragraphen gesehen haben, auch durch einzelne Entscheidungen der Quellen bestätigt und damit zugleich indirect die Unzulänglichkeit der Regel actori incumbit probatio anerkannt. Sehr bezeichnend sind in dieser Beziehung die Schlußworte in l. 25 § 2 D. de prob. 22, 3: — secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit. Hier wird die Behauptung der Zahlung durch das disjunctive „vel" ausdrücklich von den Exceptionen unterschieden und gleichwohl dem Beklagten der Beweis der (die Forderung ipso jure aufhebenden) Zahlung auferlegt.

Will man aber, wie mehrseitig geschehen, den Satz reus excipiendo fit actor ohne Weiteres auf die Einreden im Sinne des heutigen Prozeßrechts anwenden, so ist damit so lange nichts gewonnen, als man sich über den heutigen Einredebegriff nicht geeinigt hat.[2])

Ueber diesen Begriff herrscht eine ebenso große Meinungsverschiedenheit, wie über das Princip der Beweislast. Dabei ist bemerkenswerth, daß wie die meisten Rechtslehrer das Princip der Beweislast dahin formuliren, der Kläger müsse den Grund der Klage, der Beklagte aber seine Einreden beweisen, so wieder Andere bei der Bestimmung des Begriffes des Klaggrundes und der Einreden auf die Grundsätze über die Beweislast Bezug nehmen. Diesem Verfahren liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß die Theorie der Beweislast mit der Theorie vom Klaggrunde und den Einreden Hand in Hand gehen muß. Indessen dreht man sich offenbar im Cirkel, solange man sich damit begnügt, von der einen Lehre auf die andere zu verweisen, während die

---

[1]) l. 9, 19 pr., l. 25 § 2 D. de prob. 22, 3; l. 19 C. de prob. 4, 19; l. 9 C. de except. 8, 36.

[2]) Die Feststellung dieses Begriffs ist eine der Hauptaufgaben der vorliegenden Schrift. Die Bedeutung der Exceptionen des römischen Rechts und ihr Verhältniß zu den heutigen Einreden wird in einem besonderen Anhange erörtert werden.

Aufgabe dahin geht, das gemeinschaftliche Princip beider Lehren zu finden.[1])

§ 3. Römische Aussprüche — ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.

Die zweite Regel ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, läßt in Folge ihrer allgemeinen Fassung verschiedene Auslegungen zu und hat deshalb zu manchen Mißverständnissen Anlaß gegeben.

Wörtlich genommen, könnte sie so verstanden werden, als ob Jeder, der eine Behauptung aufstelle, sie auch beweisen müsse. Dies ist aber nicht der Sinn unserer Regel. Denn einmal sind überhaupt nur erhebliche Thatsachen Gegenstand des Beweises, und sodann hängt auch die Beweislast nicht von dem zufälligen Umstande ab, wer sich zuerst auf ein thatsächliches Verhältniß bezieht. Behauptet eine Partei, um nicht mit ihrem Antrage wegen mangelhafter Begründung desselben abgewiesen zu werden, mehr, als zur Begründung des Antrags nothwendig war, so ladet sie sich dadurch keine Beweispflicht auf, vielmehr kommt hier der Grundsatz superflua non nocent zur Anwendung.

Hierüber besteht auch kein Streit. Dagegen ist durch eine andere Auslegung viel Streit und Verwirrung hervorgerufen wurden. Man mißdeutete nämlich die fragliche Regel lange Zeit dahin, daß nur bejahende Sätze, nicht aber Verneinungen des Beweises bedürften, was man mit der Formel ausdrückte: affirmanti, non neganti, incumbit probatio.[2]) Hierbei übersah man gänzlich, daß der Unterschied zwischen Bejahung und Verneinung sich zunächst nur auf die Form des Ausdrucks bezieht. Die allgemeine Satz- (Urtheils-) Form besteht darin, daß man einem Gegenstande (Subjecte) ein Merkmal (Prädicat) beilegt. Dies kann nun entweder auf directem Wege geschehen, indem man dem Subjecte das ihm beizulegende Prädicat einfach zuspricht, oder auf indirectem Wege, indem man dem Subjecte ein Prädicat abspricht,

---

[1]) In gleicher Weise haben schon Bethmann-Hollweg Versuche S. 334 und Knappe Exceptionen S. 100 die Aufgabe erkannt. Vgl. auch Unger Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II § 123 S. 450 Anm. 9.

[2]) Glossa zu l. 2 D. de prob. und zu c. 23 X. de decr. Leyser Medit. ad Pand. sp. 255, Hellfeld Jurispr. for. §§ 687, 1153, Clapproth Einl. in den bürgerl. Proz. § 217, Hufeland Beiträge IV, 20.

welches dem beizulegenden entgegengesetzt ist. Die erstere Form des Urtheils ist die bejahende, die letztere die verneinende. In der Absprechung eines Prädicats liegt also jedesmal indirect die Zusprechung eines andern, oder, was dasselbe ist, jede Negation enthält zugleich eine Affirmation.

Die Entgegensetzung der Prädicate ist aber entweder eine contradictorische (widersprechende) oder eine conträre (widerstreitende), je nachdem nur zwei oder mehr als zwei Prädicate einander entgegengesetzt werden können. Der contradictorische Gegensatz findet z. B. zwischen den Prädicaten starr und flüssig statt. Weitere Gegensätze dieser Art sind Leben und Tod, Freiheit und Sclaverei, Minderjährigkeit und Volljährigkeit, Vernunft und Wahnsinn, bona und mala fides, Solvenz und Insolvenz u. s. w. Beispiele des conträren Gegensatzes sind die verschiedenen Farben, die Himmelsgegenden u. s. w.

In den Fällen des contradictorischen Gegensatzes ist es nun völlig gleichgültig, ob man die affirmative oder negative Form des Ausdrucks wählt. Wer z. B. behauptet, daß eine Person minderjährig sei, der leugnet damit, daß die Person volljährig sei, und wer die Volljährigkeit behauptet, leugnet damit die Minderjährigkeit. Wer die Solvenz einer Person leugnet, behauptet damit deren Insolvenz, und wer die Insolvenz leugnet, behauptet die Solvenz. Auf solche Fälle paßt also die Regel affirmanti, non neganti, incumbit probatio offenbar nicht, denn wer ist hier der Affirmirende und wer der Negirende?

Etwas anders liegt die Sache in den Fällen des conträren Gegensatzes. Wenn ich hier dem Subjecte ein Prädicat abspreche, so liegt darin zwar ebenfalls indirect die Zusprechung eines andern Prädicats, aber es bleibt vorerst unentschieden, welches andere ich meine. Verneine ich z. B., daß ein Gefäß von Gold sei, so behaupte ich zwar damit, daß es aus einem andern Stoffe bestehe, aber ich lasse dahingestellt, welcher andere Stoff dies sei. Es liegt aber in meiner Macht, diese Ungewißheit zu heben und damit die Negative in eine Affirmative zu verwandeln, indem ich angebe, aus welchem andern Stoffe das Gefäß besteht, indem ich z. B. sage, es sei von Bronze.

Da man nun einsah, daß nichts leichter ist, als einen verneinenden Satz durch Umtauschung des Prädicats in einen bejahenden zu verwandeln und umgekehrt, [1]) so glaubte man, die Regel affirmanti etc.

[1]) Schon die Glosse zu l. 2 D. de prob. sagt: Certe si diligenter attendas, non est aliqua negativa, quae tacitam non habeat affirmativam.

dadurch retten zu können, daß man ihr die nähere Bestimmung gab, nur wahre, nicht scheinbare Negativen bedürften keines Beweises. Hier entstand aber für diejenigen, die sich bei dieser Unterscheidung nicht gedankenlos beruhigten, die Frage, was unter wahren und scheinbaren Negativen oder, wie man dies auch ausdrückte, unter realverneinenden und realbejahenden Sätzen zu verstehen sei. Ein Criterium dafür wurde zuerst von Schneider[1]) aufgestellt, der einen Satz, wodurch die Fortdauer eines als bekannt vorausgesetzten Zustandes ausgedrückt wird, einem realverneinenden, und einen Satz, der eine Veränderung dieses Zustandes ausdrückt, einen realbejahenden nannte. Auf diese Unterscheidung sollte die Regel affirmanti etc. Anwendung finden, was Schneider mit der Behauptung zu rechtfertigen suchte, daß die Fortdauer eines Zustandes, dessen Anfang gewiß sei, vermuthet werden müßte.[2]) Da Schneider selbst erkannte, daß die von ihm aufgestellte Vermuthung nebst der darauf gebauten Regel nicht zur Entscheidung aller Fälle ausreichte, so stellte er noch eine Reihe weiterer Vermuthungen auf und wurde so der Urheber der s. g. Vermuthungs- oder Präsumtionstheorie, die viel zur Verwirrung der Lehre von der Beweislast beigetragen hat.

Der Schneider'schen Ansicht steht vor Allem entgegen, daß der Unterschied zwischen Bejahung und Verneinung sich, wie oben gezeigt wurde, nicht sowohl auf den Inhalt eines Satzes, als auf die Form des Ausdrucks bezieht. Die Unterscheidung zwischen realbejahenden und realverneinenden Sätzen ist daher ganz unstatthaft. Sie paßt insbesondere nicht auf die Fälle des contradictorischen Gegensatzes, da hier jede Negation indirect eine ganz bestimmte Affirmation enthält. Sie paßt aber auch nicht auf die Fälle des conträren Gegensatzes, da man hier jede Negative durch Umtauschung des Prädicats in eine Affirmative verwandeln kann.

Ebenso willkürlich, wie die Unterscheidung zwischen realbejahenden und realverneinenden Sätzen, ist die Behauptung, daß die Fortdauer

---

[1]) Lehre vom Beweise §§ 15 fg.

[2]) Der Schneider'schen Ansicht hat es nicht an Vertheidigern gefehlt. Unter diesen sind Kori im Arch. f. civilist. Prax. VIII S. 91 fg. und Rizy Verbindl. zur Beweisführung im Civilpr. S. 40 fg. hervorzuheben, welche davon ausgehen, daß die Entstehung der Rechtsverhältnisse sich an thatsächliche Ereignisse knüpfe und daß man unter einem Ereigniß eine Veränderung des bisherigen Zustandes verstehe.

eines Zustandes vermuthet werden müsse. Diese angebliche Vermuthung findet weder in den Gesetzen, noch in der Natur der Sache eine Rechtfertigung. Im Gegentheil müßte, wenn hier überhaupt von einer Präsumtion die Rede sein könnte, bei der Wandelbarkeit aller menschlichen Zustände gerade die entgegengesetzte Vermuthung als die vernünftigere erscheinen. [1])

Endlich ist es nicht einmal richtig, daß die Fortdauer eines Zustandes nie bewiesen zu werden brauche. Nur die Fortdauer von Rechtsverhältnissen bedarf aus später darzulegenden Gründen keines Beweises. Bei rein factischen Zuständen ist es anders. So gehört z. B. zu den Erfordernissen einer rei vindicatio, daß der Beklagte sich im Besitze der Sache befinde, es genügt hier aber nicht der Beweis, daß der Beklagte irgend einmal in den Besitz der Sache gelangt sei, vielmehr muß der Kläger beweisen, daß der Beklagte die Sache noch gegenwärtig, d. h. zur Zeit der Litiscontestation besitze. [2])

Man könnte glauben, daß die Regel affirmanti, non neganti, incumbit probatio wenigstens auf die Verneinungen in den Fällen des conträren Gegensatzes, also auf Verneinungen unbestimmten Inhalts Anwendung finden müsse. Aber auch dies würde ein Irrthum sein: in allen Fällen, in denen an eine derartige Negative ein rechtlicher Erfolg geknüpft ist, bedarf sie auch des Beweises. Einen Beleg dafür enthält u. A. l. 10 D. de V. O. 45, 1: Hoc jure utimur, ut ex hac stipulatione: si Lucius Titius ante Calendas Majae in Italiam non venerit, decem dare spondes? non ante peti quidquam possit, quam exploratum sit ante eam diem in Italiam venire Titium non posse neque venisse, sive vivo sive mortuo hoc acciderit. Diese Stelle will Borst [3]) nicht als entscheidend gelten lassen, weil die Frage, wem der Beweis obliege, mit Stillschweigen übergangen sei. Dies ist aber ein offenbares Mißverständniß. Erstens wird in den Worten non ante peti quidquam possit, quam exploratum sit der Beweis deutlich genug dem petitor auferlegt, und zweitens wird als Thema des Beweises die Negative, daß Titius nicht nach Italien ge-

---

[1]) Reinhold i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII S. 36.

[2]) Savigny Besitz § 35 S. 415 fg. (Ausg. 5), Bethmann-Hollweg Versuche S. 348, Langenbeck Beweisführung S. 288.

[3]) Beweislast § 27 S. 23.

kommen sei oder kommen könne, hingestellt, womit zugleich entschieden ist, wer zu beweisen hat. [1])

Solche Negativen direct zu beweisen, wird oft schwierig sein. Allein der Beweis kann auch auf indirectem Wege geführt werden durch den Beweis einer entgegengesetzten Affirmative. So kann z. B. der Nachweis, daß Titius während eines bestimmten Zeitraumes nicht nach Italien gekommen sei, durch den Nachweis ersetzt werden, daß er sich während des ganzen Zeitraums in Griechenland aufgehalten habe.

§ 4. Die Ausgangspunkte.

Den bisher besprochenen Auslegungen der Regel ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, ist der Fehler gemeinsam, daß dabei auf den juristischen Inhalt der Behauptungen wenig oder gar keine Rücksicht genommen wurde. Man darf nicht vergessen, daß die streitigen Rechtsverhältnisse den eigentlichen Gegenstand des Prozesses bilden und die Thatsachen dabei nur insofern in Betracht kommen, als durch sie die Existenz jener bedingt ist. Indem man aber hieraus den unzutreffenden Schluß zog, daß auch die Rechtsverhältnisse der eigentliche Gegenstand des Beweises seien, interpretirte man unsere Regel dahin, daß dem, der ein Recht behauptet (qui dicit), nicht dem, der es bestreitet (qui negat), der Beweis obliege. So identificirte man sie mit der Regel actori incumbit probatio, deren Unzulänglichkeit ich schon in § 2 nachgewiesen zu haben glaube.

Dieser Auslegung, die von namhaften Juristen vertreten wird, [2]) steht zunächst der Umstand entgegen, daß in den Quellen der Ausdruck dicere, sowie die gleichbedeutenden Ausdrücke contendere, affirmare, asseverare u. s. f. in einem weiteren Sinne, als dem angegebenen, gebraucht werden. Zum Belege dafür mögen folgende Stellen desselben Digestentitels dienen, in welchem sich die Regel ei incumbit etc. vorfindet:

l. 19 § 3 D. de prob. 22, 1: Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, q u a e p e n s a t a d i c i t u r,

---

[1]) Vgl. L i n d e von dem Beweise verneinender Sätze (Zeitschr. f. Civilr. und Proz. Bd. I S. 94 fg. insbesondere S. 124).

[2]) P u c h t a Pand. § 97 Anm. g, B e t h m a n n = H o l l w e g Versuche S. 319 fg., F i t t i n g Haupt= und Gegenbeweis § 23 S. 74.

l. 22 D. eod.: Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare debere.

In den hervorgehobenen Worten dieser beiden Stellen, denen viele ähnliche Stellen beigefügt werden könnten, ist weder von einer actio, noch von einer exceptio, noch überhaupt von einem Anspruche die Rede, sondern von Thatsachen, die den Anspruch ipso jure ausschließen. Dabei wird zugleich ausgesprochen, daß auch diese Thatsachen Gegenstand der Beweispflicht seien.

Es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß, wie Bethmann-Hollweg[1] und viele Andere behaupten, eigentlich das Dasein des geltend gemachten Rechts bewiesen werden müsse und daß man nur darum, weil ein directer Beweis dieses Rechts als einer ideellen, unsichtbaren Thatsache unmöglich sei, sich mit dem Beweise von Thatsachen begnügen müsse, die eine Schlußfolgerung auf das Dasein des Rechts gestatten. Zwar ist es vollkommen richtig, daß das Dasein eines Rechts nur auf dem Wege der Schlußfolgerung aus concreten Thatsachen dargethan werden kann. Allein dies ist nicht der Grund, wenigstens nicht der alleinige Grund, weshalb man von den Parteien nur den Beweis der Thatsachen verlangt. Der Grund liegt vielmehr zunächst und hauptsächlich in der Art und Weise, wie die zur Feststellung der streitigen Rechtsverhältnisse erforderlichen Thätigkeiten nach prozessualischen Grundsätzen zwischen dem Richter und den Parteien vertheilt sind. Wäre das Untersuchungsprincip für das Prozeßverfahren maßgebend, so würde der Richter von Amtswegen Alles zu thun haben, was zur Feststellung der streitigen Rechtsverhältnisse nöthig ist, er würde also auch für die Herbeischaffung des thatsächlichen Materials zu sorgen haben. Nach der Verhandlungsmaxime dagegen liegt den Parteien die Anführung und der Beweis der Thatsachen, aber auch nur dieser, ob. Die Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz und die Feststellung der daraus sich ergebenden rechtlichen Folgerungen, m. a. W. die Feststellung der streitigen Rechtsverhältnisse auf Grund der von den Parteien erbrachten Thatsachen und der darauf anzuwendenden Rechtssätze ist Sache des Gerichts.

In der Verhandlungsmaxime ist also der Grund zu suchen, warum

---

[1]) Versuche S. 338 fg., S. 345 fg.

überhaupt die Beibringung der Thatsachen und Beweise nicht dem Gericht, sondern den Parteien obliegt. In der Verhandlungsmaxime müssen wir auch den Erklärungsgrund dafür suchen, daß der Kläger nur die rechtserzeugenden, der Beklagte aber die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen geltend zu machen hat. Wenn es wahr wäre, daß der Kläger eigentlich das Dasein des von ihm behaupteten Rechts zu beweisen habe und bloß darum, weil ein directer Beweis dieses Rechts unmöglich sei, nur die thatsächlichen Voraussetzungen desselben zu beweisen brauche, so wäre nicht abzusehen, warum der Kläger nur die rechtserzeugenden Thatsachen und nicht auch die Abwesenheit rechtshindernder und rechtsvernichtender nachweisen muß. Die Abwesenheit rechtshindernder und rechtsvernichtender Thatsachen ist zum Dasein eines Rechtes ebenso nothwendig, wie die rechtserzeugende Thatsache. Aus der Unmöglichkeit des directen Nachweises eines Rechts erklärt es sich also nicht, daß der Kläger bloß die rechtserzeugende Thatsache anzuführen und zu beweisen hat. Der Erklärungsgrund kann vielmehr nur darin gefunden werden, daß die Verhandlungsmaxime das onus probandi möglichst gleichmäßig unter die Parteien vertheilt, indem sie von jeder Partei verlangt, daß sie die ihr vortheilhaften Thatsachen, also der Kläger die rechtserzeugenden, der Beklagte dagegen die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen beweise.

Demzufolge bildet die Verhandlungsmaxime, die sich nicht auf den Anfang des Prozesses beschränkt, sondern unsern ganzen Prozeß durchdringt, „in jeder Verhandlung der Parteien lebt und webt," [1]) den nothwendigen Ausgangspunkt unserer Betrachtungen. Aus ihr sind die allgemeinsten Principien der Lehre vom Klaggrunde und den Einreden und der damit auf's engste zusammenhängenden Lehre von der Beweislast herzuleiten. Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, daß unsere Lehre auf der Grenze zweier Gebiete, des Prozeßrechts und des Civilrechts, liegt und ihre Wurzeln in beiden Gebieten hat. Wir müssen also diese Wurzeln auch im Civilrechte aufsuchen und verfolgen. Namentlich ist es behufs der genaueren Begriffsbestimmung der schon im Bisherigen vielfach erwähnten rechtserzeugenden, rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen unumgänglich nothwendig, die Natur der Rechtsverhältnisse im Allgemeinen, sowie die Beziehung

---

[1]) Gensler Handb. Bd. I S. 63.

der Thatsachen zu den Rechtsverhältnissen und zu den das verbindende Mittelglied zwischen beiden bildenden Rechtssätzen zu erörtern.

§ 5. Die Verhandlungsmaxime.[1]

Das Prozeßverfahren gestaltet sich auf ganz verschiedene Weise, je nachdem der Gesetzgeber principiell den Richter von Amtswegen oder nur auf Antrag der Betheiligten einschreiten läßt. Wird der eine oder andere Grundsatz folgerecht durchgeführt, so daß er nicht bloß für die Einleitung des Prozesses maßgebend ist, sondern auch in dessen weiterem Verlaufe zur Geltung kommt, so nennt man das Verfahren von Amtswegen Untersuchung und das Verfahren auf Antrag Verhandlung. Die beiden leitenden Grundgedanken aber pflegt man dem entsprechend als die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime zu bezeichnen.

Die Untersuchungsmaxime ist aus dem Streben nach materieller Wahrheit hervorgegangen. Sie hat nur dieses Ziel im Auge und macht es daher dem Richter zur Pflicht, die Wahrheit von Amtswegen mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln zu erforschen. Selbstverständlich können ihm die Betheiligten dabei behülflich sein, allein er ist an die Anträge und das Vorbringen der Betheiligten in keiner Weise gebunden, es ist vielmehr ganz in sein Ermessen gestellt, ob und inwieweit er von den ihm dargebotenen Hülfsmitteln Gebrauch machen will.

Ganz verschieden davon ist das Verfahren, für welches die Verhandlungsmaxime maßgebend ist. Diese vertheilt die zur Feststellung der streitigen Rechtsverhältnisse erforderlichen Thätigkeiten unter den Richter und die Parteien. Dabei weist sie den Parteien überall die Initiative zu, indem sie ihnen überläßt: 1. die zur Wahrung ihrer Rechte geeigneten Anträge an den Richter zu stellen, 2. die zur Begründung ihrer Anträge dienenden Thatsachen vorzubringen und 3. auch die Beweismittel für diese Thatsachen anzugeben. Dadurch werden die Betheiligten erst zu Parteien, d. h. zu Prozeßsubjecten, während sie im Untersuchungsverfahren nur Objecte der richterlichen Thätigkeit sind. Die Verhandlungsmaxime verlegt den Schwerpunkt

---

[1]) Diesem und dem folgenden Paragraphen habe ich im Wesentlichen die Darstellung in Planck's ausgezeichnetem neuen Werke „Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts" Bd. I § 41 S. 193 fg. und § 56 S. 280 fg. zu Grunde gelegt.

der Vorbereitung des Urtheils in die Thätigkeit der Parteien und läßt dem Gericht in dieser Beziehung nur die Prozeßleitung übrig.[1]) Sie räumt aber den Parteien auch einen sehr erheblichen Einfluß auf das Urtheil selbst ein, indem sie das Gericht auf die Beurtheilung der von den Parteien gestellten Anträge und der zur Rechtfertigung derselben beigebrachten Thatsachen und Beweise beschränkt, indem sie ferner das Gericht einer Prüfung des geltend gemachten Anspruchs überhebt, falls diese vom Gegner anerkannt wird, und die von einer Partei vorgebrachten Thatsachen, falls sie von der Gegenpartei zugestanden oder doch nicht ausdrücklich bestritten werden, ohne Weiteres als wahr gelten läßt.

Dem Gesagten zufolge unterscheiden sich die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime auch dadurch ganz wesentlich, daß die erstere immer nur die materielle Wahrheit im Auge hat, wogegen die letztere sich nöthigenfalls auch mit bloß formeller Wahrheit begnügt. Es liegt nun auf der Hand, daß nur auf materielle Wahrheit ein materiell gerechtes Urtheil gebaut werden kann,[2]) und es könnte daher scheinen, als ob die Untersuchungsmaxime unbedingt den Vorzug vor der Verhandlungsmaxime verdiene. Dem ist jedoch in der That nicht so. Für den Civilprozeß ergiebt sich nämlich aus der Natur seines Gegenstandes ein anderes Princip, wodurch das Princip der materiellen Wahrheit in den Hintergrund gedrängt wird. Den Gegenstand des Civilprozesses bilden Privatverhältnisse, die als solche der freien Verfügung der Betheiligten unterworfen sind. Die Natur des Gegenstandes verlangt somit, daß die unbeschränkte Dispositionsbefugniß, die dem Einzelnen auf dem Gebiete des Privatrechts zusteht, auch im Prozesse zur vollen Geltung gelange.

Die Bezeichnungen „Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime" sind nicht sehr glücklich gewählt, denn wenn auch die Ausdrücke „Untersuchung" und „Verhandlung" auf die beiden einander entgegengesetzten Arten des Verfahrens passen, so passen sie doch nicht auf die leitenden

---

[1]) Das in § 130 d. Civilprozeßordn. dem Gericht eingeräumte Fragrecht ist nur ein Ausfluß der Prozeßleitung.

[2]) H. Ortloff Strafverfahren S. 35, 36 vgl. mit S. 43. S. 31—45 das. werden die leitenden Grundsätze des Strafprozesses und des Civilprozesses in mustergültiger Weise, ersterer aus dem Princip der Gerechtigkeit, letzterer aus dem Princip der Freiheit entwickelt.

Grundsätze derselben. Für das Untersuchungsverfahren ist der Grundsatz maßgebend, daß der Richter von Amtswegen vorzugehen hat, und der richtige Ausdruck dafür ist „Officialmaxime". Der entgegengesetzte Grundsatz aber ist die Anerkennung des den Parteien zustehenden unbeschränkten Dispositionsrechts und der entsprechende Ausdruck dafür ist „Dispositionsmaxime". [1]) Indessen sind die Bezeichnungen „Verhandlungsmaxime" und „Untersuchungsmaxime" bereits so eingebürgert, daß es mir zweckmäßig scheint, sie, wenigstens vorläufig, beizubehalten.

Die Verhandlungsmaxime war schon dem römischen Rechte nicht fremd, verdankt aber ihre allseitige Anerkennung erst der italienischen Doctrin. [2]) Diese stellte als leitende Grundsätze für das Civilprozeßverfahren folgende auf: 1. ne procedat judex ex officio, 2. ne eat ultra petita partium, 3. quod non in actis, non est in mundo. Diese Regeln sind von Wach [3]) in präciser Weise dahin verdeutscht worden: 1. Kein Prozeßbeginn ohne Parteiantrag und keine Prozeßfortsetzung wider Parteiwillen, 2. keine Oktroyirung prozessualer und materieller Vortheile, 3. keine Officialbeschaffung von Prozeßstoff. Alle drei Grundsätze stehen unter sich im engsten Zusammenhange, ja sie sind, genau genommen, schon in dem Grundsatze ne procedat judex ex officio enthalten, denn sobald der Richter in irgend einer Beziehung über die Anträge der Parteien hinausgeht, einer Partei etwas zuspricht, was nicht von ihr verlangt war, oder Thatsachen berücksichtigt, die nicht von ihr vorgebracht waren, handelt er insoweit von Amtswegen.

Die gedachten Grundsätze, die man später unter dem Namen „Verhandlungsmaxime" zusammengefaßt hat, sind nun auch im gemeinen deutschen Civilprozeßrechte als wesentliches Element zur Geltung gekommen und in gleicher Eigenschaft in die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich übergegangen. [4]) Die Untersuchungsmaxime ist für den Civilprozeß nur im Königreich Preußen, und zwar mit wesentlichen Modifikationen durch die allgemeine Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793

[1]) H. Ortloff a. a. O. S. 37 und S. 44.

[2]) Wetzell Syst. d. ordentl. Civilproz. § 43 Ziff. 1.

[3]) Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung S. 40.

[4]) Dies ergiebt sich aus der Structur des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen, wenn auch die Verhandlungsmaxime nirgends ausdrücklich erwähnt ist. Hahn Materialien S. 210. Das in § 130 dem Gericht eingeräumte

eingeführt, jedoch wegen der daraus sich ergebenden Unzuträglichkeiten in der Folgezeit wieder abgeschafft worden.

Die Untersuchungsmaxime ist überall am Platze, wo es sich, wie im Strafprozesse, um die Wahrung öffentlicher Interessen handelt, diese verlangen unbedingt ein Einschreiten von Amtswegen. Handelt es sich dagegen nur um Vermögensrechte, so muß die Verhandlungsmaxime, die dem Privatwillen einen entscheidenden Einfluß gestattet, zur Anwendung kommen. Wo endlich private und öffentliche Interessen concurriren, wie in Ehe- und in Entmündigungssachen, erscheint ein gemischtes Verfahren als geboten, wie es auch durch die Reichscivilprozeßordnung für derartige Sachen vorgeschrieben ist.

§ 6. Das prozessuale Grundprincip unserer Lehre.

Die Regel quod non in actis, non est in mundo enthält in etwas schroffer Form die unabweisliche letzte Consequenz der Anerkennung des Dispositionsrechts der Parteien: Wie es ganz in das Belieben der Betheiligten gestellt ist, ob sie ihre Rechte vor Gericht wahren wollen oder nicht, so hängt es auch von ihrem Belieben ab, ob und welche Thatsachen und Beweise sie behufs der Wahrung ihrer Rechte berücksichtigt wissen wollen; das Gericht darf auch in der letzteren Beziehung nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen. Dies gilt ebenso für das jetzige mündliche Verfahren, wie für das frühere schriftliche Verfahren, auf welches sich die Regel ihrer Wortfassung nach ursprünglich bezog.

Auf die erwähnte Regel ist nun die ganze Lehre vom Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast, soweit es sich um die prozeßrechtliche Seite dieser Lehre handelt, zurückzuführen. Die Analyse jener Regel ergiebt nämlich als einzelne Bestandtheile derselben folgende Sätze:

1. Jede Partei hat die Thatsachen, welche sie bei der Entscheidung des Rechtsstreits berücksichtigt wissen will, anzuführen und darauf ihre Anträge zu gründen. Hiervon handelt des Näheren die Lehre vom Klaggrunde, den Einreden, Repliken u. s. w.

Fragrecht soll, wie die Motive S. 127 ausdrücklich hervorheben, nur zur Erläuterung unklarer Anträge und zur Ergänzung und Feststellung des von den Parteien vorgetragenen Sachverhältnisses dienen und nicht zu Inquisitionen von Amtswegen mißbraucht werden.

2. Jede Partei hat ferner jene Thatsachen, falls sie des Beweises bedürfen, d. h. falls sie von der Gegenpartei bestritten werden und nicht gerichtskundig sind,[1]) zu beweisen, d. h. dem Gericht die Ueberzeugung von der Wahrheit derselben zu verschaffen.[2])

3. Thatsachen, die nicht von der einen oder andern Partei angeführt und erforderlichen Falles auch bewiesen worden sind, gelten als nicht vorhanden und sind daher bei der Urtheilsfällung nicht zu berücksichtigen. Der Nachtheil trifft natürlich diejenige Partei, zu deren Gunsten die Thatsachen gesprochen haben würden und von der sie daher anzuführen und zu beweisen gewesen wären.[3])

Man kann die unter 1 und 2 erwähnten Obliegenheiten der Parteien unter dem Namen „Anführungs- und Beweisverbindlichkeit" zusammenfassen. Nur darf man dabei nicht an eine Zwangsverbindlichkeit denken. So wenig Jemand gezwungen werden kann, eine Klage anzustellen oder sich gegen eine Klage zu vertheidigen, ebensowenig kann Jemand gezwungen werden, die zur Wahrung seiner Rechte dienenden Thatsachen und Beweismittel anzugeben. Nur eine ganz indirecte Nöthigung zur Angabe jener Thatsachen und Beweismittel findet statt, insofern sich an die Unterlassung rechtliche Nachtheile knüpfen: was nicht vorgebracht ist, gilt als nicht vorhanden (quod non in actis, non est in mundo). Mit der vollsten Berechtigung hat sich Bülow in seiner Abhandlung „Civilprozessualische Fictionen und Wahrheiten"[4]) S. 60 fg. dahin ausgesprochen, daß es im Prozeßeinleitungsstadium und innerhalb des Prozesses mit Ausschluß des Executionsstadiums keine prozessualische Pflichtversäumniß und folglich auch keine Strafe dafür, sondern nur ein Nichtgebrauchen, ein Versäumen und Verwirken von Parteihandlungsrechten gebe. Ja, nicht einmal hiervon kann in dem Falle die Rede sein, wenn Jemand eine Behauptung aus dem Grunde nicht zu beweisen vermag, weil er der Beweismittel verlustig gegangen ist, weil z. B. Urkunden abhanden gekommen sind oder Zeugen gestorben sind oder sich des Vorganges, den sie bestätigen sollten, nicht

---

[1]) Reichs-Civilprozeßordnung §§ 261, 264.

[2]) Diese Definition des Beweises entspricht jedenfalls dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung, wie er in § 259 der Reichs-Civilprozeßordnung aufgestellt ist.

[3]) Reinhold Beiträge u. s. w. i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII S. 7.

[4]) Arch. f. civilist. Prax. N. F. Bd. XII S. 1—96.

mehr erinnern. In einem solchen Falle kann nicht einmal von einer Versäumniß die Rede sein, vorausgesetzt, daß der Beweispflichtige seiner Beweismittel ohne sein Verschulden verlustig gegangen ist. Gleichwohl halte ich es für unbedenklich, nach wie vor von Parteipflichten, von einer Einlassungspflicht, von einer Anführungs- und Beweisverbindlichkeit zu sprechen, sofern man nur dabei eingedenk ist, daß sich an die Nichterfüllung keine Strafen (s. g. Ungehorsamsstrafen), sondern nur prozessuale Nachtheile knüpfen. In diesem Sinne, aber auch nur in diesem Sinne darf man von Prozeßpflichten der Parteien reden, wie dies durch den Sprachgebrauch längst sanctionirt worden ist.

Auf die oben unter 1 erwähnte Verbindlichkeit bezieht sich nun die Lehre von den „selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln" (Klaggrund, Einrede, Replik, Duplik u. s. w.).[1]) Auf die Verbindlichkeit unter 2 aber bezieht sich die Lehre von der Beweislast (onus probandi). Beide Lehren stehen dem Gesagten zufolge unter sich sowohl, als auch mit der Verhandlungsmaxime im engsten Zusammenhange. Beide beruhen auf dem einfachen Princip: Wer ein Interesse daran hat, daß eine Thatsache im Prozesse nicht unberücksichtigt bleibe, hat dieselbe anzuführen und erforderlichen Falles (d. h. wenn die Thatsache bestritten und nicht gerichtskundig ist) zu beweisen.[2])

Ein verdienstvoller Bearbeiter der Lehre von der Beweislast[3]) bestreitet den Zusammenhang dieser Lehre mit der Verhandlungsmaxime. Die allgemeinsten Principien, meint er, seien durch die Natur der Sache gegeben und deshalb nur daraus abzuleiten. Dies gelte vor Allem von dem allgemeinsten Grundsatz, der in der ganzen Lehre vorausgesetzt werde, daß überhaupt Einer der Parteien der Beweis gewisser Thatsachen vorzugsweise obliege und daß, wenn sie denselben nicht führe, das Gegentheil vom Richter als wahr angenommen werden müsse. Dieser Grundsatz sei so allgemeiner Natur, daß er bei den verschiedensten Formen des Prozesses gelten müsse. Namentlich hänge er nicht, wie man glauben könnte, mit der Verhandlungsmaxime zusammen. Denn wenn auch der Richter nach der Inquisitionsmaxime angewiesen sei, die Wahrheit selbstthätig durch alle ihm zu Gebote stehenden Mittel zu erforschen, so müsse er doch, wenn seine Untersuchung ihm über alle

[1]) Reichs-Civilprozeßordnung §§ 137, 251, 315, 319 Abs. 2.

[2]) Vgl. Planck Beweisurtheil § 13 S. 116.

[3]) Bethmann-Hollweg Versuche S. 319.

entscheidenden Thatsachen nicht volles Licht gegeben habe, bei der endlichen Entscheidung jenen Grundsatz zu Hülfe nehmen, wenn anders kein bloßes non liquet ausgesprochen, sondern, wie es der Zweck des Richteramtes in Civilsachen mit sich bringe, dem streitigen und ungewissen Rechtsverhältniß allemal ein bestimmtes substituirt werden solle.

Es ist nun zwar richtig, daß die allgemeinsten Grundsätze der Lehre von der Beweislast durch die Natur der Sache gegeben sind. Allein dies spricht nicht gegen den Zusammenhang jener Lehre mit der Verhandlungsmaxime, denn auch diese ist durch die Natur der Sache gegeben. Es ist ferner richtig, daß der an die Inquisitionsmaxime gewiesene Richter sich nicht selten veranlaßt finden wird, die Grundsätze über die Beweislast zu Hülfe zu nehmen, um nicht ein bloßes non liquet aussprechen zu müssen. Allein dies beweist eben nur, daß die Untersuchungsmaxime als eine der Natur der Privatrechte widerstreitende im Civilprozesse nicht durchführbar ist. Nur die Verhandlungsmaxime, die, von der Dispositionsbefugniß der Parteien ausgehend, sich nöthigenfalls auch mit bloß formeller Wahrheit, mit wirklichen oder fingirten Verzichten der Parteien begnügt, macht es möglich, dem streitigen und ungewissen Rechtsverhältniß jedesmal ein gewisses zu substituiren. Darum führt denn auch die preuß. allgem. Gerichtsordnung, auf welche Bethmann-Hollweg Bezug nimmt, die Inquisitionsmaxime, von der sie in der Einleitung §§ 6, 7, 10, 12, 17, 18, Thl. I Tit. 5 § 8, Tit. 9 § 4, Tit. 10 § 89 ausgeht, nicht durch, sondern weicht in der Einleitung § 16 und in Thl. I Tit. 13 §§ 27, 28 von ihr ab, indem sie dem Richter gestattet, bei der endlichen Entscheidung aushülfsweise die Regeln der Beweislast in Anwendung zu bringen.

§ 7. Verhältniß der Beweislast zur Behauptungslast.

Die Frage, wer zu beweisen habe, ist selten vor der endlichen Entscheidung von praktischer Bedeutung. Natürlich ist jede Partei beflissen, die Thatsachen, die ihr irgend von Vortheil sein können, zur Sprache zu bringen und Beweismittel dafür anzugeben. Beide Theile werden daher regelmäßig in der einen wie in der andern Richtung eher zu viel als zu wenig thun, so daß das Gericht nicht in die Lage kommt, ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel wegen mangelnder thatsächlicher Begründung oder wegen Unterlassung der Angabe von Beweismitteln

zurückzuweisen. Auch bei der Beweiserhebung und bei Abfassung der dieselbe vorbereitenden Beschlüsse (Beweisbeschlüsse §§ 323 fg. d. RCPO.) hat das Gericht nur die Relevanz der vorliegenden thatsächlichen Behauptungen, nicht aber die Frage, wem der Beweis derselben obliege, zu prüfen. Diese Frage entsteht meistens erst bei der Ertheilung des Endurtheils, wenn die Beweisaufnahme kein genügendes Ergebniß geliefert hat, sondern ein wesentliches thatsächliches Verhältniß unaufgeklärt geblieben ist. Die Entscheidung fällt alsdann zu Ungunsten dessen aus, der für beweispflichtig erachtet wird.

Um aber die Frage nach der Beweispflicht beantworten zu können, muß man sich vorerst darüber Rechenschaft geben, wem es obgelegen habe, die betreffende Thatsache zur Begründung seines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels vorzubringen, ob dieselbe zum Klaggrunde gehöre oder Einredethatsache, Replikthatsache u. s. w. sei. Die Beweisverbindlichkeit richtet sich nach der Anführungsverbindlichkeit, sie ist eine Folge derselben, ja, es handelt sich im Grunde nur um Eine Verbindlichkeit, die sich in zwei verschiedenen Richtungen äußert, indem sie zunächst auf das Anführen einer bestimmten Thatsache und, falls die angeführte Thatsache beweisbedürftig ist, auch auf den Beweis derselben gerichtet ist. Dabei ist es ganz außerwesentlich, ob die Aufstellung der thatsächlichen Behauptungen und die Beweisantretung, wie dies früher im gemeinen deutschen und im sächsischen ordentlichen Prozesse vorgeschrieben war, in getrennten Abschnitten des Verfahrens oder, wie die §§ 255 und 256 der Civilprozeßordnung für das deutsche Reich vorschreiben, gleichzeitig erfolgen. Für die Frage, ob vom Standpunkte des Gesetzgebers die Verbindung oder die Trennung jener beiden Prozeßhandlungen vorzuziehen sei, sind lediglich Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend.

Mit dem, was im Vorstehenden über das Verhältniß der Beweisverbindlichkeit zur Anführungsverbindlichkeit gesagt ist, stimmen die Aussprüche der bedeutendsten Rechtslehrer überein.

„Das Princip der Beweislast," sagt Windscheid,[1]) „ist ein sehr einfaches: beweisen muß, wer behauptet, nicht wer bestreitet. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. — Die Frage ist nur, wie viel jede Partei behaupten muß, um zum Siege zu gelangen. Was

---

[1]) Pandektenr. Bd. I § 133 Anm. 4.

man gewöhnlich die Frage nach der Beweislast nennt, ist eigentlich die Frage nach der Behauptungslast."

„Die s. g. Beweisverbindlichkeit," sagt Unger,[1]) „geht mit der s. g. Anführungs- (Behauptungs-, Allegations-) Verbindlichkeit Hand in Hand: die Thatsachen, welche eine Partei im Prozeß zur Begründung ihres Anspruchs anführen muß, hat sie, falls dieselben beweisbedürftig sind, in der Regel auch zu beweisen. Daß man gewöhnlich bloß fragt, was jeder Theil zu beweisen habe, erklärt sich daraus, daß nicht das Behaupten, sondern nur das Beweisen eine wahre Last ist, und daß es kein Theil an Behauptungen fehlen lassen wird, während Beweise oft schwer zu erbringen sind: die Beweisverbindlichkeit ist daher zwar die praktische Seite der Anführungsverbindlichkeit, aber doch nur eine Consequenz derselben. Nicht weil eine Partei eine Thatsache beweisen muß, muß sie dieselbe behaupten, sondern umgekehrt, was eine Partei behaupten muß, um ihren Anspruch zu fundiren, hat sie erforderlichenfalls auch zu beweisen."

Leider wird der Satz, daß die Beweisverbindlichkeit durch die Anführungsverbindlichkeit bestimmt wird, dieser Elementarsatz unserer Lehre noch nicht allgemein anerkannt. Einige kehren ihn um, indem sie behaupten, die Anführungsverbindlichkeit richte sich nach den Grundsätzen über die Beweislast,[2]) Andere stellen sogar, in gänzlicher Verkennung des wahren Sachverhältnisses, die Uebereinstimmung jener beiden Verbindlichkeiten in Abrede.

Wir haben nun bereits in § 6 aus der Verhandlungsmaxime den allgemeinen Grundsatz hergeleitet, daß jede Partei die Thatsachen, deren Berücksichtigung in ihrem Interesse liegt, also die für sie vortheilhaften Thatsachen zur Sprache zu bringen hat. Dieser Grundsatz bedarf jedoch einer näheren Bestimmung. Vortheilhaft in dem angegebenen Sinne, also dem Parteiinteresse entsprechend sind nämlich nicht bloß die Thatsachen, die eine selbständige Bedeutung haben, indem sie zur Begründung einer Klage, Einrede u. s. w. dienen, sondern auch solche Thatsachen, die als Beweisgründe für oder gegen jene Thatsachen in Betracht kommen.

---

[1]) Syst. d. österr. allgem. Privatr. 4. Aufl. Bd. II S. 450 Anm. 9.

[2]) Albrecht Exceptionen S. 138 fg., Helmolt Klagableugnung und Einrede S. 14 fg., Mayen Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 64.

Unter den Beweisgründen sind zunächst die Thatsachen zu erwähnen, die einen Schluß auf die eigentlich zu beweisende Thatsache, eine s. g. Vermuthung (Präsumtion) begründen. Ein Beispiel ist die Vernichtung oder Rückgabe des Schuldscheins seitens des Gläubigers, wodurch bis zum Beweise des Gegentheils die Vermuthung begründet wird, daß die Schuld getilgt sei. Die Vernichtung oder Rückgabe des Schuldscheins ist hiernach unstreitig eine relevante und für den Schuldner vortheilhafte Thatsache, aber sie ist nicht Gegenstand einer Einrede und der Beweislast, sondern nur ein Beweisgrund für die Einrede der Schuldtilgung.

Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit den Thatsachen, die zur Widerlegung der thatsächlichen Behauptungen des Gegners dienen. Wenn z. B. einer Delictsklage gegenüber der Beklagte behauptet, er sei zu der in der Klage angegebenen Zeit zwanzig Meilen von dem Orte, wo er das Delict begangen haben solle, entfernt gewesen, so ist diese Behauptung unstreitig relevant und für den Beklagten vortheilhaft, denn sie führt, wenn sie bewiesen wird, zur Freisprechung des Beklagten. Allein sie hat keine selbständige juristische Bedeutung, ihre Bedeutung besteht vielmehr nur darin, daß sie mit der Klagbehauptung unvereinbar ist und daher einen Schluß auf die Unwahrheit derselben rechtfertigt. Die Beweislast trifft hier nicht den Beklagten, sondern den Kläger. Dieser hat das den Klaggrund bildende Delict zu beweisen, dem Beklagten aber steht der Gegenbeweis zu, bei welchem er das von ihm behauptete alibi als Beweisgrund verwerthen kann. Anders liegt die Sache, wenn der Beklagte behauptet, er habe zur Zeit der Begehung der unerlaubten Handlung an einer die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Geisteskrankheit gelitten. Dies ist eine Thatsache von selbständiger juristischer Bedeutung, also eine Thatsache, die der Beklagte einredeweise geltend machen und im Bestreitungsfalle beweisen muß.

Demzufolge zerfallen die für die Entscheidung eines Rechtsstreits erheblichen Umstände in zwei Gattungen, nämlich in solche, denen eine selbständige juristische Bedeutung zukommt und die daher zur Begründung selbständiger Angriffs- oder Vertheidigungsmittel dienen, und solche, die nur als Beweis- oder Gegenbeweisgründe in Betracht kommen. Wir haben nunmehr die erste Gattung näher in's Auge zu fassen.

§ 8. Juristische Thatsachen.

Man pflegt die Thatsachen, die rechtliche Wirkungen hervorbringen, als juristische Thatsachen zu bezeichnen, eine Bezeichnung, die meines Wissens zuerst von Savigny, wenigstens von ihm zuerst in dem angegebenen Sinne,[1]) gebraucht worden ist. „Ich nenne," sagt Savigny,[2]) „die Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, juristische Thatsachen. Alle juristischen Thatsachen stimmen darin überein, daß durch sie an den Rechtsverhältnissen bestimmter Personen eine Veränderung in der Zeit hervorgebracht wird."

Die juristischen Thatsachen sind sehr mannigfaltiger Art. Für unsern Zweck kommen hauptsächlich folgende Unterschiede in Betracht:

1. Je nachdem etwas geschehen oder unterbleiben muß, damit ein bestimmter rechtlicher Erfolg eintrete, theilt man die juristischen Thatsachen in positive und negative. Unter diesen beiden Klassen ist die erste die bei Weitem häufigere und wichtigere. Zur letzten gehören z. B. die negativen Bedingungen.

2. Die juristischen Thatsachen sind ferner theils einfach, theils zusammengesetzt, je nachdem der rechtliche Erfolg von einem einzelnen Ereigniß oder von einer Mehrheit von Ereignissen abhängt. Eine zusammengesetzte juristische Thatsache ist z. B. ein jeder Vertrag, indem dazu die übereinstimmenden Willenserklärungen zweier Personen gehören, ferner die Enterbung eines Notherben, indem zu deren Gültigkeit eine Enterbungserklärung in einem förmlichen Testamente unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes und die Wahrheit des angegebenen Enterbungsgrundes erfordert wird.

3. Nach ihren Wirkungen zerfallen die juristischen Thatsachen zunächst in rechtserzeugende (rechtsbegründende), rechtshindernde und rechtsvernichtende (rechtsaufhebende, rechtszerstörende). Die erste Klasse begreift alle Thatsachen in sich, die in den Gesetzen als Entstehungsgründe von Rechtsverhältnissen anerkannt sind. Die zweite Klasse umfaßt die Thatsachen, die gesetzlicher Vorschrift gemäß die Wirkung einer rechtserzeugenden Thatsache vereiteln und somit die Entstehung

---

[1]) Man hat zuweilen auch Rechtsverhältnisse als juristische Facta bezeichnet.

[2]) Syst. d. heut. röm. R. Bd. III S. 3. S. auch Windscheid Pandektenr. Bd. I § 67.

eines Rechtsverhältnisses hindern. Die dritte Klasse besteht aus den Thatsachen, die das positive Recht als Aufhebungsgründe der Rechtsverhältnisse anerkennt. M. vgl. hierzu § 1. Diese Dreitheilung wird der Lehre von der Beweislast ziemlich allgemein zu Grunde gelegt, sie ist jedoch nicht ganz erschöpfend. Vor Allem ist zu gedenken, daß die rechtsvernichtende Wirkung sich mit der rechtserzeugenden in der Weise verbinden kann, daß durch eine und dieselbe Thatsache ein Rechtsverhältniß aufgehoben und alsbald ein anderes an dessen Stelle gesetzt wird (Umwandlung, Metamorphose der Rechtsverhältnisse). Beispiele sind die Novation und die Successionen. Ferner gehören zu den juristischen Thatsachen auch diejenigen, durch welche ein bestehendes Rechtsverhältniß erweitert oder beschränkt wird. Man könnte die rechtserweiternden Thatsachen den rechtserzeugenden und die rechtsbeschränkenden Thatsachen den rechtsvernichtenden beizählen, denn jede Erweiterung eines Rechts enthält eine Vermehrung seines Inhalts, und was hinzukommt, ist neu entstandenes Recht, jede Beschränkung eines Rechts aber enthält eine Verminderung seines Inhalts, und was wegfällt, ist aufgehobenes Recht. Jedenfalls sind die rechtserweiternden Thatsachen nach Analogie der rechtserzeugenden und die rechtsbeschränkenden Thatsachen nach Analogie der rechtsvernichtenden zu beurtheilen.

Weiter ist noch der Thatsachen zu gedenken, die ein schon im Keime vorhandenes, jedoch noch nicht zur Entwickelung gelangtes Rechtsverhältniß zerstören. Dahin gehört z. B. der Widerruf eines Vermächtnisses (ademtio legati), ferner ein Testament, insofern durch dasselbe die gesetzliche Erbfolge ganz oder theilweise aufgehoben wird. Diese Thatsachen haben viel Aehnlichkeit mit den rechtsvernichtenden Thatsachen, indessen sind sie, wenn man sie nicht als eine besondere Klasse gelten lassen will, den rechtshindernden Thatsachen beizuzählen, da sie die Wirkung des rechtserzeugenden Thatbestandes ausschließen, bevor noch ein Rechtsverhältniß zur Existenz gelangt ist.

Endlich gehören zu den juristischen Thatsachen auch noch diejenigen, die sich zu den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen verhalten, wie diese zu den rechtserzeugenden. Wie nämlich die Wirkung einer rechtserzeugenden Thatsache durch eine entgegenstehende rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache ausgeschlossen wird, so kann wieder die Wirkung der beiden letzten Klassen von Thatsachen durch weitere juristische Thatsachen beseitigt werden. So verliert z. B. die

Minderjährigkeit ihre Bedeutung als rechtshindernde Thatsache, wenn der Minderjährige mit Zustimmung des Vormundes handelte oder die venia aetatis erlangt hatte. Ebenso ist die Klagverjährung als rechtsvernichtende Thatsache wirkungslos, wenn sie durch eine Abschlagszahlung oder sonstige Anerkennung unterbrochen worden war.

Es ist schon in der Einleitung (§ 1) erwähnt worden, daß man heutzutage die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen als Einredethatsachen und die ihnen entgegenstehenden weiteren juristischen Thatsachen als Replikthatsachen zu bezeichnen pflegt, daß ferner den Repliken wieder Dupliken, diesen wieder Tripliken entgegengestellt werden können.

Das allgemeine Princip ist nun, daß jede Partei die ihrem Interesse entsprechenden juristischen Thatsachen zur Kenntniß des Gerichts zu bringen hat. Daraus folgt, daß zunächst derjenige, der ein Recht geltend macht, also der Kläger, und, wenn es sich um ein Gegenrecht handelt, der Beklagte die rechtserzeugenden und etwaigen rechtserweiternden Thatsachen vorzubringen und, soweit sie des Beweises bedürfen, zu beweisen hat, wogegen das Vorbringen und der Beweis rechtshindernder, rechtsvernichtender, rechtsbeschränkender und keimzerstörender Thatsachen dem Gegner obliegt.

Man hat die Thatsachen, welche die Existenz eines Rechtsverhältnisses fördern, als die positiv wirkenden und die Thatsachen, welche die Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses zur Folge haben, sei es, daß sie dessen Entstehung verhindern oder das entstandene vernichten, als die negativ wirkenden bezeichnet und als allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß rücksichtlich der ersteren dem Kläger und rücksichtlich der letzteren dem Beklagten der Beweis obliege. Dies ist zwar an sich ganz richtig, läuft aber, genau besehen, auf eine Tautologie hinaus, folglich ist nichts damit gewonnen, wenn denn überhaupt unsere Lehre nicht durch Generalisiren, sondern nur durch Specialisiren wahrhaft gefördert werden kann. Auch mit den oben Ziff. 1—3 ersichtlichen Eintheilungen der juristischen Thatsachen würde nicht viel geholfen sein, wenn wir dabei stehen bleiben wollten, anstatt uns von den einzelnen Arten und ihrer Bedeutung für die Rechtsverhältnisse nähere Rechenschaft zu geben. Vor allen Dingen bedarf das Verhältniß der rechtserzeugenden Thatsachen zu den rechtshindernden einer genaueren Feststellung, denn wenn auch die Frage, welche Thatsachen zur Wiederaufhebung eines Rechts-

verhältnisses führen, im Allgemeinen nicht schwer zu beantworten ist, so bietet dafür die Frage, welche Thatsachen vorhanden sein müssen und welche nicht vorhanden sein dürfen, damit ein Rechtsverhältniß entstehe, um so größere Schwierigkeiten. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Kläger nicht alle Voraussetzungen der Entstehung seines Rechts zu beweisen hat, sondern daß nur rücksichtlich einiger Voraussetzungen den Kläger, rücksichtlich anderer den Beklagten, der dieselben bestreitet, die Beweislast trifft. Aber nach welchem Princip sich die Beweislast vertheilt, welche Thatsachen vom Kläger und welche vom Beklagten zu beweisen sind, das ist hier die Frage, die einer eingehenden Erörterung bedarf. Mit vollem Rechte sagt Burckhard:[1]) „Die gewöhnliche Antwort: Kläger hat die rechtserzeugenden, Beklagter die rechtshindernden Thatsachen zu beweisen, ist in der That keine, denn man muß wieder fragen: welche sind rechtserzeugend, welche rechtshindernd?" Wenn Einige, wie Maxen,[2]) diese Frage mit dem Bemerken umgehen zu können glauben, daß dieselbe immer nur mit Beziehung auf einen einzelnen Fall, auf ein einzelnes Recht gelöst werden könne, so sind sie völlig im Irrthum. Es verhält sich gerade umgekehrt: um den einzelnen Fall mit Sicherheit entscheiden zu können, muß man vorher über das Princip im Klaren sein und sich sowohl von den rechtserzeugenden als von den rechtshindernden Thatsachen einen deutlichen Begriff gemacht haben. Um aber zu diesem Ziele zu gelangen, giebt es keinen andern als den in § 4 am Schlusse angegebenen Weg, nämlich den einer kürzlichen Erörterung des Wesens der Rechtsverhältnisse und ihrer Beziehungen zu den Thatsachen und den auf diese anwendbaren Rechtssätzen.

§ 9. Wesen der Rechtsverhältnisse.

Ein Rechtsverhältniß ist eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt.[3]) An jeder solchen Beziehung ist eine Berechtigung der einen Person und eine ihr entsprechende Verpflichtung der andern zu unterscheiden. Recht und Pflicht sind correspective Begriffe, der eine Begriff setzt den andern mit Nothwendigkeit voraus. Das Gesagte findet auch auf dingliche Rechte, insbesondre auf das

[1]) Präsumtionen S. 152.

[2]) Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 5.

[3]) Savigny Syst. d. h. röm. R. Bd. I S. 333.

Eigenthum Anwendung, nur steht hier dem Berechtigten nicht eine einzelne Person, sondern die Gesammtheit der Andern als verpflichtet gegenüber: alle Andern sind verpflichtet, das dingliche Recht, insbesondre das Recht des Eigenthümers auf den ausschließlichen Besitz und Gebrauch der Sache thatsächlich anzuerkennen, d. h. sich jedes Eingriffes in dasselbe zu enthalten.

Die Rechtsverhältnisse an sich sind ideelle Thatsachen, allein sie haben reelle Wirkungen und beruhen auf reellen Grundlagen. Die Wirkungen bestehen in der Ausübung des Rechts von Seiten des Berechtigten und in der thatsächlichen Anerkennung des Rechts von Seiten des Verpflichteten, ferner, falls die Anerkennung versagt werden sollte, in der auf dem Wege des Prozesses zu erlangenden gerichtlichen Zusprechung des Rechts und in der nachfolgenden Zwangsvollstreckung.

Die Grundlagen eines jeden Rechtsverhältnisses aber sind

1. ein Rechtssatz und

2. eine concrete Thatsache, d. h. ein Zustand oder Vorgang des Lebens, auf den jener Rechtssatz bezogen werden kann. Eine solche Thatsache ist nothwendig, um den seiner Natur nach abstracten Rechtssatz mit dem Leben in Verbindung zu setzen, ihn zur Anwendung zu bringen. Die Thatsache erlangt wiederum ihre juristische Bedeutung durch den auf sie anwendbaren Rechtssatz, sie wird durch ihn zur juristischen Thatsache.

Streng genommen fallen auch die Rechtssätze und die Rechtsverhältnisse unter den Begriff der Thatsachen, denn ein jeder Rechtssatz ist in der Zeit entstanden und diese Entstehung, sowie seine fortdauernde Gültigkeit oder seine etwaige Aufhebung ist etwas Thatsächliches, und ganz dasselbe gilt von den Rechtsverhältnissen. Allein der juristische Sprachgebrauch versteht unter „Thatsachen" vorzugsweise die concreten Thatsachen im Gegensatze zu den abstracten Rechtssätzen einerseits und den auf der Combination eines thatsächlichen und eines juristischen Elementes beruhenden Rechtsverhältnissen andererseits.

Da nun die Rechtsverhältnisse als ideelle, folglich unsichtbare Thatsachen nicht direct erkennbar sind, so muß man, um das Dasein und die individuelle Natur eines bestimmten Rechtsverhältnisses zu erkennen, auf seine beiden Elemente, das thatsächliche und das juristische, zurückgehen und aus ihnen das Rechtsverhältniß construiren. Die Construction selbst erfolgt auf dem Wege der Schlußfolgerung, zu welcher der Rechts-

satz und die unter denselben zu beziehende Thatsache die beiden Prämissen bilden, und zwar die Rechtsregel den Obersatz und die Thatsache den Untersatz. Zur Verdeutlichung möge das einfache Beispiel einer Darlehnsobligation dienen. Die vollständige Schlußfigur (Syllogismus) ist hier folgende:

1. Der Obersatz ist die Rechtsregel, daß der Empfänger eines Darlehns verpflichtet ist, dem Darleiher eine gleiche Summe fungibler Sachen, wie die empfangene, zu erstatten.

2. Untersatz sei die Thatsache: A hat vor Jahresfrist dem B ein Darlehn von 300 Mark auf ein Jahr gegeben.

3. Schlußfolgerung: B ist schuldig, dem A die Summe von 300 Mark zu erstatten.

Als Beleg für das Gesagte dient auch die Art und Weise, wie der Richter zu seinem Urtheil gelangt. In den Urtheilsgründen legt er Rechenschaft davon ab, wie das Urtheil aus den von den Parteien zu seiner Kenntniß gebrachten Thatsachen und den Rechtssätzen, unter die er jene Thatsachen subsumirt hat, auf dem Wege der Schlußfolgerung hervorgegangen ist.

Aus dem Gesagten erklärt es sich auch, daß so viele Rechtsverhältnisse zweifelhaft sind und nicht nur zu langwierigen Prozessen Anlaß geben, sondern auch in den verschiedenen Instanzen oft ganz verschieden beurtheilt werden. Einestheils können schon die Prämissen Zweifel erregen, indem entweder die Thatsache, worauf das Rechtsverhältniß beruht, ungewiß ist, oder ein zur Anwendung kommender Rechtssatz eine mehrfache Auslegung zuläßt. Anderntheils können auch die Thatsachen wieder in ganz verschiedener Weise unter die Rechtssätze subsumirt werden, woraus sich dann die verschiedenartigsten Schlußfolgerungen ergeben.[1])

§ 10. Construction der Rechtsverhältnisse.

Um über die Existenz und die Natur eines Rechtsverhältnisses in's Klare zu kommen, muß man auf den Anfang desselben zurück-

[1]) Reinhold Beiträge (i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII § 6 S. 22, Ortloff gerichtl. Redekunst (1887) S. 232 Note **). Ueber das Ganze vgl. Savigny Syst. d. h. r. R. Bd. I § 52 S. 331 fg., Bethmann-Hollweg Versuche S. 345, 346, Knappe Exceptionen § 46 S. 115, Unger Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II § 123 S. 449 Note 8 und 9.

gehen. Die erste Frage ist, ob überhaupt ein Rechtsverhältniß zu Stande gekommen und welcher Art dasselbe ist. Die Entstehung eines Rechtsverhältnisses hat aber zwei Voraussetzungen, eine positive und eine negative, nämlich

1. einen rechtserzeugenden Thatbestand, d. h. eine Thatsache oder eine Mehrheit von Thatsachen, die geeignet ist, ein Rechtsverhältniß in's Leben zu rufen, und

2. die Abwesenheit rechtshindernder Thatsachen (vgl. § 1 Ziff. 1 und § 8 Ziff. 3).

Da nun aber der Verhandlungsmaxime zufolge (§§ 5 und 6) die Thatsachen, die nicht von der einen oder andern Partei vorgebracht worden sind, als nicht vorhanden gelten (quod non in actis, non est in mundo), so braucht der Kläger nur einen rechtserzeugenden Thatbestand zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen. Der rechtserzeugende Thatbestand begründet zwar noch keinen vollgültigen Schluß auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses, denn hierzu gehört nach dem Vorstehenden noch die Abwesenheit rechtshindernder Thatsachen (s. oben Ziff. 2). Thatsachen dieser Art vorzubringen liegt aber lediglich im Interesse des Beklagten. Der Kläger kann daher ruhig abwarten, ob der Beklagte eine rechtshindernde Thatsache vorbringt oder nicht. Im letzteren Falle wird nach der Regel quod non in actis etc. angenommen, daß rechtshindernde Thatsachen nicht vorhanden seien, und der durch den rechtserzeugenden Thatbestand begründete vorläufige Schluß auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses wird zu einem vollgültigen.

Aus der Entstehung eines Rechtsverhältnisses folgt aber nicht dessen gegenwärtige Fortdauer. Die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, daß das Rechtsverhältniß inzwischen durch irgend ein Ereigniß aufgehoben worden sei. Zum Bestehen eines Rechtsverhältnisses ist also außer den oben unter 1 und 2 erwähnten beiden Erfordernissen, nämlich einem rechtserzeugenden Thatbestande und der Abwesenheit rechtshindernder Thatsachen, noch

3. die Abwesenheit rechtsvernichtender Thatsachen erforderlich. Aber solche Thatsachen vorzubringen liegt wiederum lediglich im Interesse des Beklagten. Darum kann der Kläger ruhig abwarten, ob der Beklagte eine solche Thatsache zur Sprache bringt oder nicht. Im letzteren Falle wird nach der Regel quod non in actis etc. angenommen, daß

keine rechtsvernichtende Thatsache vorgekommen ist; es ist also auch die dritte Voraussetzung erbracht und damit festgestellt, daß das Rechtsverhältniß noch gegenwärtig besteht.

Anders gestaltet sich natürlich die Sache, wenn der Beklagte eine rechtshindernde oder eine rechtsvernichtende Thatsache vorbringt. Diese Thatsachen stehen mit den Klagthatsachen nicht in Widerspruch, aber sie beseitigen die rechtliche Wirkung derselben. Sie begründen selbständige juristische Syllogismen, welche den Klagsyllogismus außer Kraft setzen. Eine rechtshindernde Thatsache begründet den Schluß, daß der Erfolg der rechtserzeugenden Thatsache vereitelt worden und somit ein Rechtsverhältniß nicht zur Entstehung gekommen sei. Eine rechtsvernichtende Thatsache aber begründet den Schluß, daß das Rechtsverhältniß, wenn auch entstanden, doch wieder aufgehoben worden sei, also nicht mehr bestehe.

Wenn z. B. auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens geklagt wird, so reicht das Schenkungsversprechen zur Begründung der Klage vollständig aus, denn dasselbe rechtfertigt in Verbindung mit dem Rechtssatze, worin ein solches Versprechen als Entstehungsgrund einer Obligation anerkannt ist, einen vorläufigen Schluß des Inhalts, daß der Beklagte zur Erfüllung des Schenkungsversprechens verpflichtet sei. War aber der Beklagte zur Zeit, als er jenes Versprechen gab, noch minderjährig, so kann er diese Thatsache als rechtshindernde geltend machen, denn sie begründet mit Hülfe der Rechtsvorschrift, nach welcher die Minderjährigen in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, den Schluß, daß das Schenkungsversprechen ungültig sei. Hatte ferner der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung das Schenkungsversprechen bereits erfüllt, so steht ihm diese Thatsache als rechtsvernichtende zur Seite, denn sie rechtfertigt in Verbindung mit der Gesetzesvorschrift, worin die Erfüllung als Aufhebungsgrund einer Obligation anerkannt ist, den Schluß, daß die Obligation getilgt sei.

Aber auch die auf den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen beruhenden Schlußfolgerungen haben vielfach nur einen provisorischen Charakter. Zur vollen Gültigkeit derselben ist erforderlich, daß jenen Thatsachen keine weiteren juristischen Thatsachen entgegenstehen. Beispiele sind schon in § 8 angeführt worden. Gegen die Einrede der Minderjährigkeit kann die Replik vorgebracht werden, daß der Beklagte mit Zustimmung des Vormundes gehandelt habe. Gegen

die Einrede der Klagverjährung ist die Replik der Unterbrechung zulässig. Diese weiteren juristischen Thatsachen stehen nicht in Widerspruch mit den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen, aber sie schließen die rechtliche Wirkung derselben aus und stellen auf diese Weise die Wirkung der rechtserzeugenden Thatsachen wieder her. Sie begründen anderweite juristische Syllogismen, durch welche die auf den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen beruhenden Syllogismen beseitigt werden.

So kann eine ganze Reihe juristischer Thatsachen auf einander folgen, von denen immer eine die Wirkung der andern aufhebt, indem sie mit Hülfe eines auf sie anwendbaren Rechtssatzes einen Schluß entgegengesetzter Art rechtfertigt.

§ 11. Selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Klaggrund, Einrede, Replik, Duplik u. s. w.)

Wir haben früher (§ 8) als allgemeines Princip aufgestellt, daß jede Partei die ihrem Interesse entsprechenden juristischen Thatsachen anzuführen und, wenn sie des Beweises bedürfen, auch zu beweisen hat. Wir können dieses Princip auf Grund des § 10 nunmehr näher dahin bestimmen: Jeder Theil, und zwar zunächst der Kläger hat diejenigen Thatsachen anzuführen und nöthigenfalls zu beweisen, welche, an und für sich betrachtet (also vorausgesetzt, daß keine weiteren juristischen Thatsachen in Betracht zu ziehen sind), in Verbindung mit einem auf sie anwendbaren Rechtssatze eine für den betreffenden Theil günstige Schlußfolgerung begründen.

Hieraus ergiebt sich eine Reihe von Prozeßhandlungen, die wir etwas näher in's Auge fassen müssen. Man pflegt diese Handlungen als selbständige prozessualische Angriffe und Gegenangriffe und die ihnen zu Grunde liegenden Thatsachen als selbständige Angriffsmittel und Gegenangriffs- oder Vertheidigungsmittel (Klaggrund, Einrede, Replik, Duplik u. s. w.) zu bezeichnen. Von diesen kommt hier zunächst der Klaggrund in Betracht.

Obgleich der Kläger in seiner Klage selbstverständlich ein wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht in Anspruch nimmt, so braucht er doch als Klaggrund nur eine rechtserzeugende Thatsache anzuführen (§ 10). Damit soll jedoch nicht gesagt sein, der Kläger brauche nicht zu behaupten,

daß ihm ein wirkliches Recht, und zwar noch gegenwärtig zustehe. Dies muß er, wie Unger[1]) mit Recht hervorhebt, allerdings behaupten, nur braucht er diese Behauptung nicht thatsächlich zu substanziiren. Zur thatsächlichen Begründung der Klage ist, wie schon in § 10 angegeben, nur ein rechtserzeugender Thatbestand, nicht aber die Abwesenheit rechtsverhindernder und rechtsvernichtender Thatsachen zu behaupten. Die Behauptung aber, daß des Klägers Recht noch bestehe, liegt schon in der Erhebung der Klage, jedenfalls im Klagantrage (Klagbitte), insofern dieser auf Erfüllung einer — also noch nicht erfüllten, sondern erst noch zu erfüllenden — Verbindlichkeit gerichtet ist. Ich halte daher die in den Klagen häufig vorkommende Floskel, daß der Beklagte noch nicht erfüllt habe, daß er die Erfüllung verweigere u. s. w., für entbehrlich. Was den Klagantrag betrifft, so pflegt man einen theoretischen und praktischen Theil zu unterscheiden. Der theoretische Theil ist auf Anerkennung des dem Kläger zustehenden Rechts, der praktische Theil auf Verurtheilung des Beklagten zu einer bestimmten Leistung gerichtet. Ich meinestheils bin der Ansicht, daß die theoretische Klagbitte wegbleiben könnte, da in der Erfüllung der Leistung die thatsächliche Anerkennung des dem Kläger zustehenden Rechts liegt.

Der Beklagte kann sich nun gegen die Klage auf mehrfache Weise vertheidigen. Er kann

1. den thatsächlichen Klaggrund bestreiten, was entweder auf dem directen Wege der Verneinung oder auf dem indirecten Wege der Behauptung einer mit dem Klaggrunde unvereinbaren Thatsache (z. B. Behauptung des alibi und s. g. exceptio rei non sic, sed aliter gestae) geschehen kann. Man pflegte das Leugnen der Klagthatsachen früher als verneinende Einlassung (negative Litiscontestation) zu bezeichnen.

2. Der Beklagte kann ferner die Klage aus juristischen Gründen anfechten (s. g. rechtliche Gegenausführung).

3. Er kann Thatsachen vorbringen, die mit den Klagthatsachen nicht in Widerspruch stehen, aber selbst in dem Falle, daß letztere in Wahrheit beruhen sollten, den Antrag auf Abweisung der Klage zu begründen vermögen. Es sind dies die im vorigen Paragraphen erwähnten rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen.

---

[1]) Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II S. 460.

4. Der Beklagte kann endlich ein selbständiges, dem Klagrechte entgegenstehendes Recht (Gegenrecht) geltend machen.

Man pflegt heutzutage die Vertheidigungsweisen des Beklagteu unter 3 und 4 als Gegenangriffe oder Einreden zu bezeichnen. Sie stimmen beide mit der Klage darin überein, daß sie sich auf selbständige juristische Syllogismen gründen (vgl. § 10). Wie aber in der Klage nur eine rechtserzeugende Thatsache, nicht aber auch der darauf anwendbare Rechtssatz, noch die aus diesen beiden Prämissen abzuleitende rechtliche Folgerung angeführt zu werden braucht, so genügt auch zur Begründung einer Einrede die Anführung einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache. Die Subsumtion der Thatsache unter das Gesetz und die Feststellung der sich daraus ergebenden Schlußfolgerung ist Amtspflicht des Richters.

Wie wir schon in § 10 gesehen haben, können den Einredethatsachen weitere juristische Thatsachen entgegengesetzt werden, die sich zu jenen verhalten, wie die Einredethatsachen zum Klaggrunde. Die heutige Prozeßpraxis bezeichnet diese weiteren juristischen Thatsachen als Gegeneinreden oder Repliken. Den Repliken können wieder Dupliken, diesen wieder Tripliken u. s. w. entgegengesetzt werden.

Die Mehrzahl der Rechtslehrer [1]) gebraucht die Ausdrücke „Klaggrund", „Einreden" u. s. w. in demselben Sinne, den die heutige Prozeßpraxis damit verbindet, und dieser Sprachgebrauch ist denn auch in die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich übergegangen, wie sich insbesondere aus §§ 137 und 251 ergiebt.

Andere [2]) wollen die Bezeichnung „Einreden" nur für die Exceptionen in der römisch rechtlichen Bedeutung des Wortes gelten lassen, während sie das Bestreiten des Klagrechts unter Anführung einer dasselbe ipso jure ausschließenden (rechtshindernden oder rechtsvernichtenden) Thatsache als „relative" oder „qualificirte" Verneinung bezeichnen. Indessen erkennen sie in Uebereinstimmung mit der heutigen

---

[1]) S. namentlich Wetzell Syst. d. ordentl. Civilproz. §§ 16, 17. Vgl. auch Windscheid Pandektenr. § 47, wo zwischen der Einrede im materiellen Sinne des Wortes (exceptio) als dem engeren Begriffe und der Einrede im prozessualischen Sinne als dem weiteren Begriffe unterschieden wird.

[2]) Savigny Syst. d. heut. röm. R. Bd. V S. 153 fg., Bethmann-Hollweg Versuche S. 339 fg., 369 fg., Planck Beweisurtheil S. 284, Fitting Haupt- und Gegenbeweis S. 47 und S. 57 fg.

Prozeßpraxis an, daß auch in den Fällen der s. g. qualificirten Verneinung die Anführungs- und Beweisverbindlichkeit den Beklagten trifft und daß diese Fälle überhaupt nach wesentlich gleichen prozessualischen Grundsätzen zu beurtheilen sind, wie die Exceptionen.[1])

§ 12. Rechtserzeugende Thatsachen.

Auf den Grund der in den §§ 9—11 gewonnenen Resultate ist nunmehr die Natur und Bedeutung der verschiedenen Arten juristischer Thatsachen näher zu erörtern. Was vor allen die rechtserzeugenden Thatsachen anlangt, so würde die Begriffsbestimmung keine besonderen Schwierigkeiten haben, wenn es sich bloß um den Gegensatz zwischen ihnen und den rechtsvernichtenden Thatsachen handelte. Zu den ersteren gehören alle Thatsachen, die in Verbindung mit den auf sie anwendbaren Rechtssätzen Schlüsse auf die Entstehung von Rechtsverhältnissen begründen; zu den letzteren gehören alle Thatsachen, welche mit Hülfe der auf sie anzuwendenden Rechtssätze Schlüsse auf den Untergang von Rechtsverhältnissen begründen. Da nun die Gesetze, sowie die Lehrbücher und Systeme des Privatrechts sich über die Gründe der Entstehung und der Aufhebung der verschiedenen Arten der Rechtsverhältnisse ausführlich verbreiten, so genügt es vorerst, darauf zu verweisen.

Die Hauptschwierigkeit liegt in dem Gegensatze der rechtserzeugenden und rechtshindernden Thatsachen. Wenn es sich fragt, ob Jemand bei der Abgabe einer Erklärung volljährig oder minderjährig gewesen und ob die Erklärung im Ernst oder im Scherze erfolgt sei, sind da die Volljährigkeit und die Ernstlichkeit rechtserzeugende Thatsachen und als solche zu beweisen, oder sind die Minderjährigkeit und der Scherz als rechtshindernde Thatsachen Gegenstand der Beweislast? Wenn es sich ferner um die Anwendung der lex Anastasiana handelt, hat da der Kläger zu behaupten und eventuell zu beweisen, daß er für die gekaufte Forderung so viel gezahlt habe, als er einklage, oder muß der Beklagte beweisen, daß der Kaufpreis weniger betragen habe? Diese und ähnliche Fragen lassen sich ohne eine genaue Abgrenzung des Begriffs der rechtshindernden Thatsachen nie mit Sicherheit beantworten.

---

[1]) Der Begriff der exceptio und seine rechtshistorische Entwickelung wird in einem besonderen Anhange besprochen werden.

Man ist nun ziemlich allgemein darüber einverstanden, daß als rechtserzeugende Thatsachen im Gegensatze zu den rechtshindernden die specifischen, d. h. die einem besonderen Rechtsverhältniß eigenthümlichen, unmittelbaren, wesentlichen Bedingungen anzusehen sind.[1]) Ueber diese Bedingungen giebt meistentheils das Privatrecht hinreichende Auskunft. So bestehen z. B. die specifischen Bedingungen eines Kaufvertrags in der Einigung der Vertragschließenden 1. über den Kaufgegenstand und 2. über den Preis. Zu den gesetzlichen Bedingungen können aber noch vertragsmäßige hinzukommen, und auch diese gehören alsdann zum rechtserzeugenden Thatbestande. So kann z. B. ausgemacht werden, daß zur Gültigkeit eines Vertrags die Beobachtung einer bestimmten Form, z. B. schriftliche Abfassung, nothwendig sein solle. In diesem Falle muß von demjenigen, der den Vertrag geltend macht, die Beobachtung der Form ebenso nachgewiesen werden, wie wenn sie gesetzlich vorgeschrieben wäre. So gehört ferner, wenn ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung errichtet worden ist, die Erfüllung der Bedingung zum rechtserzeugenden Thatbestande, also zum Klaggrunde. Vgl. §§ 195 und 197 des Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich.

Die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte hat aber noch mancherlei andere Voraussetzungen. Zur Gültigkeit eines Kaufvertrags z. B. gehört außer der Einigung über den Kaufgegenstand und den Preis auch noch die Handlungsfähigkeit der Personen, die Verkehrsfähigkeit der Sache und die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung. Diese Erfordernisse sind jedoch nicht dem Kaufvertrage eigenthümlich, sondern allen Rechtsgeschäften gemein, und man ist, wie schon gesagt, darüber einverstanden, daß zu den rechtserzeugenden Thatsachen nur die besonderen, nicht auch die allgemeinen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts gehören, m. a. W. daß derjenige, der ein Rechtsgeschäft geltend macht, nicht das Vorhandensein der allgemeinen Erfordernisse, sondern der Gegner den Mangel eines solchen Erfordernisses nachzuweisen hat. Warum aber die Beweislast sich in der angegebenen Weise vertheilt,

---

[1]) Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 349 fg., Heffter i. d. Zusätzen zu Weber Beweisverbindlichkeit S. 218, Römer Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 16, Fitting Beweis und Gegenbeweis S. 57, Wetzell Syst. d. ordentl. Civilproz. § 17, Unger Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II S. 454, Wach Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung S. 157.

darüber hat man sich bis jetzt noch nicht zu einigen vermocht. Der erste beachtenswerthe Erklärungsversuch ist von Bethmann-Hollweg[1]) gemacht worden. „Der wahre Grund," sagt er, „ist der, daß jene (die specifischen Entstehungsgründe) die Thatsachen sind, welche die Entstehung des Rechts seinem Begriff nach, also auch in der Regel zur Folge haben. Die Regel nämlich in diesem Sinne bildet nicht die Mehrzahl einzelner Fälle, sondern was unmittelbar aus dem Begriffe eines Rechts oder Rechtsgeschäfts abgeleitet werden kann. Jene andern Bedingungen der Entstehung eines Rechts oder der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts hingegen gehören nicht unmittelbar seinem Begriff an. Wird daher hierauf das Nichtdasein des Rechts, die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts gegründet, so ist dies Ausnahme von der Regel, welche dargethan werden muß, da die Regel so lange angenommen werden muß, bis die Ausnahme bewiesen ist."

Es mag nun dahingestellt bleiben, ob nur die speciellen Bedingungen der Entstehung eines Rechts oder der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts unmittelbar seinem Begriffe angehören, oder ob nicht vielmehr der Begriff eines Rechts oder Rechtsgeschäfts sich aus den speciellen und allgemeinen Bedingungen desselben zusammensetzt. Jedenfalls hat Bethmann-Hollweg meines Erachtens darin Recht, daß das Vorhandensein der allgemeinen Erfordernisse als die Regel anzusehen ist, der Mangel eines solchen Erfordernisses aber als Ausnahme von dem, der sich darauf beruft, dargethan werden muß. Der freie Vernunftgebrauch und die darauf beruhende Handlungsfähigkeit ist der normale Zustand eines körperlich und geistig entwickelten Menschen. Ebenso ist die Uebereinstimmung des Willens mit der Willenserklärung das naturgemäße Verhältniß und bildet als solches die Regel. Dasselbe gilt endlich auch von der Verkehrsfähigkeit der Sachen, soweit sie von Natur geeignet sind, menschlichen Sonderzwecken zu dienen. Diese drei, die Handlungsfähigkeit, die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung und die Verkehrsfähigkeit der Sachen, sind die allgemeinen Erfordernisse der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte. Sie bilden dem Gesagten zufolge die Regel, die angenommen werden muß, bis die Ausnahme bewiesen ist. Sie bedürfen daher keiner besondern thatsächlichen

[1]) Versuche S. 350, 351.

Begründung, vielmehr müssen die Ausnahmen und deren thatsächliche Voraussetzungen von demjenigen, der sich darauf beruft, dargelegt werden.

Das allgemeine Princip der Anführungs- und Beweislast, insoweit es sich um das Verhältniß der Regel zu den Ausnahmen handelt, lautet dahin: „Derjenige, der sich auf die Regel beruft, hat nicht den Mangel aller möglichen Ausnahmen zu behaupten und zu beweisen, sondern derjenige, der sich auf das Vorhandensein einer Ausnahme beruft, hat dieses zu behaupten und zu beweisen." Ich werde dieses Princip zunächst in seiner Anwendung auf die allgemeinen Erfordernisse der Rechtsgeschäfte näher erörtern und sodann zu zeigen suchen, daß alle s. g. Hindernisse der Entstehung eines Rechts nichts Anderes sind als theils gesetzliche, theils auf Privatwillkür beruhende Ausnahmen von der Regel.

§ 13. Rechtshindernde Thatsachen — Handlungs- und Verkehrsunfähigkeit.

Manchmal hebt das Gesetz selbst das Verhältniß von Regel und Ausnahme hervor, indem es bestimmt, unter welchen Voraussetzungen man einen Anspruch hat und unter welchen man ihn nicht. So hat z. B. der Käufer im Evictionsfall einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Gewährleistung, dies ist die Regel; er hat den Anspruch nicht, wenn er wissentlich eine fremde Sache gekauft hat, dies ist die Ausnahme.[1]) Wo aber das Gesetz darüber, welcher Rechtssatz der allgemeine und welcher der specielle ist, keine Auskunft giebt, ist es die Aufgabe der Wissenschaft, die von einander abweichenden Rechtssätze nicht unvermittelt neben einander bestehen zu lassen, sondern sie auf das Verhältniß von Regel und Ausnahme zurückzuführen.

Gehen wir nun mit Savigny[2]) und Puchta[3]) davon aus, daß der Grundbegriff alles Rechts die Freiheit ist, so bietet die Beantwortung der Frage, ob die Handlungsfähigkeit oder die Handlungsunfähigkeit, die Verkehrsfähigkeit oder die Verkehrsunfähigkeit die Regel bilde, keine Schwierigkeit. Der Zweck und die Aufgabe des positiven

---

[1]) l. 27 C. de evict. 8, 45; l. 7 C. comm. utr. 3, 38. Vgl. Unger Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II § 123 S. 458 Note 25.

[2]) Syst. d. heut. röm. R. Bd. II S. 2.

[3]) Instit. Bd. I S. 4.

Rechts ist nicht, das Verkehrsleben zu unterdrücken oder zu hemmen, sondern dasselbe zu regeln, zu schützen, und dadurch indirect auch zu fördern. Die Grundlage alles Verkehrslebens ist aber die Handlungsfähigkeit des Menschen, d. h. die ihm vom Rechte gewährte Fähigkeit des Handelns mit rechtlichem Erfolg.[1]) Demnach ist die Handlungsfähigkeit ohne allen Zweifel die Regel. Sie hat keine weitere thatsächliche Voraussetzung, als den freien Vernunftgebrauch, dieser ist aber ein begriffsmäßiges Attribut der menschlichen Natur, das Merkmal, wodurch der Mensch sich in geistiger Hinsicht vom Thier unterscheidet, und bedarf daher keines besonderen Nachweises, sondern wird als selbstverständlich vorausgesetzt. Indessen erkennt das Gesetz gewisse Ausnahmen an, und zwar folgende:

1. Unmittelbar nach der Geburt entbehrt der Mensch noch der Vernunft, diese entwickelt sich erst allmählich, und zwar geht die geistige Entwickelung in der Regel Hand in Hand mit der körperlichen. Demgemäß unterscheiden die Gesetze gewisse Altersstufen, unter denen die Kindheit, die Minderjährigkeit und die Volljährigkeit die Hauptstufen sind.[2]) Durch das Kindesalter wird die Handlungsfähigkeit vollständig ausgeschlossen, während sie durch die Minderjährigkeit nur beschränkt wird.

2. Gleich der Kindheit schließt Wahnsinn den Vernunftgebrauch und folgeweise die Handlungsfähigkeit aus, und dem Wahnsinn sind die Zustände vorübergehender Geistesabwesenheit, wie sie durch Krankheit, Trunkenheit u. s. w. herbeigeführt werden, gleichgestellt.

3. Gleich den Minderjährigen sind die wegen Verschwendung Entmündigten (Interdicirten) nicht handlungsunfähig, aber in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt.

Alle vorstehenden Ausnahmegründe fallen unter den Begriff der juristischen Thatsachen, denn sie begründen mit Hülfe der auf sie anzuwendenden Rechtssätze selbständige juristische Schlußfolgerungen. Sie kommen namentlich als rechtshindernde Thatsachen in Betracht, insofern die von handlungsunfähigen oder in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkten

---

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. I § 71.

[2]) Das römische Recht unterscheidet innerhalb der Minderjährigkeit noch die Periode der Geschlechtsunreife und die der Geschlechtsreife. Neuere Gesetze und in Uebereinstimmung mit denselben der Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich (§§ 25, 65) berücksichtigen diesen Unterschied nicht.

Personen errichteten Rechtsgeschäfte ungültig sind. Das Rechtsgeschäft ist in solchen Fällen der rechtserzeugende Thatbestand, d. h. ein Thatbestand, der an sich geeignet war, ein Rechtsverhältniß zu begründen, der aber aus dem Grunde keine rechtliche Wirkung äußerte, weil er mit einer rechtshindernden Thatsache zusammentraf. Natürlich muß derjenige, der behauptet, das Rechtsgeschäft sei von einer handlungsunfähigen oder in der Handlungsfähigkeit beschränkten Person errichtet worden, diese Behauptung thatsächlich begründen und erforderlichen Falles beweisen. Dies wird auch in den Quellen mehrfach anerkannt, insbesondere für die Minderjährigkeit in l. 9 C. de prob. 4, 19 und für den Wahnsinn in l. 5 C. de codicillis 5, 36.

Uebrigens haben die Ausnahmen wieder ihre Ausnahmen, und die letzteren bewirken, daß die Regel zur Anwendung kommt. Die Wirkung der Minderjährigkeit als rechtshindernder Thatsache fällt weg, wenn der Minderjährige die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis) erlangt hatte oder mit Zustimmung des Vormundes handelte. Der Wahnsinn verliert seine rechtshindernde Wirkung, wenn der Wahnsinnige bei Errichtung des Rechtsgeschäfts oder bei Begehung der unerlaubten Handlung einen lichten Zwischenzustand (dilucidum intervallum) hatte. Solche Thatsachen dienen zur Begründung von Repliken, wodurch die auf die Minderjährigkeit und den Wahnsinn gestützten Einreden entkräftet werden.

Was von der Handlungsfähigkeit der Personen gilt, muß nach dem, was im Eingange dieses Paragraphen über die Aufgabe der Gesetzgebung in Betreff des Verkehrslebens gesagt worden ist, auch von der Verkehrsfähigkeit der Sachen gelten. Die Verkehrsfähigkeit bildet die Regel, die Verkehrsunfähigkeit die Ausnahme. Gewisse Sachen, wie die Luft und das Meer, dienen schon aus natürlichen Gründen zum Gebrauche Aller und können daher dem Privateigenthum nicht unterworfen sein. Im Uebrigen muß immer ein besonderer, rechtlich anerkannter Grund vorliegen, damit eine Sache verkehrsunfähig sei. Dem Verkehr überhaupt entzogen (res extra commercium) sind nach römischem Recht z. B. die res sacrae (dem Gottesdienst geweiht) und religiosae (Begräbnißstätten), veräußerungsunfähig die res litigiosae und der fundus dotalis, ersitzungsunfähig endlich die unveräußerlichen Sachen und die res furtivae. Wer nun behauptet, daß eine Sache dem Verkehr überhaupt oder doch der Veräußerung oder der Ersitzung entzogen

sei, hat einen thatsächlichen Grund dafür anzugeben und im Bestreitungsfalle zu beweisen.

Wie die Personenklassen, denen die Handlungsfähigkeit abgesprochen oder nur in beschränktem Maße zugesprochen ist, so sind auch die Sachen, hinsichtlich deren die Verkehrsfähigkeit ausgeschlossen oder doch beschränkt ist, in den Quellen speciell namhaft gemacht. Schon hieraus ergiebt sich, daß es sich um gesetzliche Ausnahmen handelt. Alle in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnten Personen und Sachen fallen selbstverständlich unter die allgemeine Regel, welche für die Handlungs- und die Verkehrsfähigkeit spricht.

§ 14. Nichtübereinstimmung des Willens und der Erklärung.

Der Wille als ein innerer, unsichtbarer Vorgang wird Andern nicht unmittelbar, sondern nur durch sinnlich wahrnehmbare Aeußerungen, nämlich durch Rede und Schrift, durch Geberden und Handlungen erkennbar. Obgleich nun diese äußeren Zeichen nicht um ihrer selbst willen, sondern nur als Ausdruck des Willens, mithin nur unter der Voraussetzung, daß sie den wahren Ausdruck des Willens enthalten, von Bedeutung sind, so bleibt doch dem Menschen im Verkehr mit Andern nichts übrig, als sich an jene Zeichen als das einzige Erkenntnißmittel des Willens zu halten und sie für den Willen selbst zu nehmen. Hieraus ergiebt sich als allgemeine Rechtsregel, daß ich ebenso berechtigt bin, von Andern zu verlangen, daß sie meine Willenserklärung als ernstlich gemeint ansehen (wenn ich z. B. meinem Schuldner ein Capital kündige oder Jemanden auffordere, meine Wohnung zu verlassen), als verpflichtet, meine Willenserklärung Andern gegenüber als den wahren Ausdruck meines Willens gelten zu lassen. Die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung bedarf daher keines besondern Nachweises, sie versteht sich im Rechtsleben als Regel von selbst, die Nichtübereinstimmung gilt als Ausnahme und muß als solche bewiesen werden.

Aber auch der nachweisbare Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung wird nicht unter allen Umständen, sondern nur in bestimmten, gesetzlich anerkannten Fällen berücksichtigt. Unberücksichtigt bleibt der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung „in dem einfachsten dafür denkbaren Fall, wenn nämlich derjenige, welcher

etwas als seinen Willen erklärt, heimlich den entgegengesetzten Willen hat, mag er sich auch darüber anderwärts (etwa schriftlich oder vor Zeugen) deutlich ausgesprochen haben". Eine solche Mentalreservation hat juristisch keinen Effect. [1]) Damit stimmt auch die Vorschrift in § 95 des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich überein: „Ist der Urheber einer Willenserklärung, bei welcher der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt, des Mangels der Uebereinstimmung sich bewußt, so ist die Willenserklärung gültig, sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat." — „Die Beachtung geheimer Vorbehalte", heißt es in den Motiven (191), „ist weder mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, noch mit dem geordneten Verkehr vereinbar."

Eine Ausnahme tritt aber ein, wenn der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung für den, der mit dem Erklärenden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist oder wird. [2]) Dem entsprechend heißt es auch im § 95 des citirten Entwurfs am Schlusse: „Die Willenserklärung ist jedoch nichtig, wenn der Empfänger derselben den Mangel gekannt hat." Der Grund dieser Ausnahme ist, daß hier die Möglichkeit einer Täuschung oder Schädigung des andern Theils nicht vorliegt (Motive zu dem Entwurfe S. 192).

Aus demselben Grunde ist eine gemeinschaftliche Willenserklärung Mehrerer, die nur zum Scheine abgegeben worden ist, nichtig (vgl. § 96 des Entwurfs). Das in dem Scheinacte als gewollt Erklärte ist ausgedrückter Maßen und im Einverständnisse mit demjenigen, an den die Willenserklärung gerichtet ist, nicht gewollt (Motive S. 192). Die Hauptfälle des Scheingeschäfts (Simulation) sind folgende: 1. wenn überhaupt gar kein Rechtsgeschäft gewollt wird, obgleich die Worte auf ein solches lauten; 2. wenn ein anderes als das wörtlich ausgesprochene Rechtsgeschäft gewollt wird; 3. wenn andere Personen Träger der Rechtsverhältnisse sein sollen, als worauf die Worte der Willenserklärung lauten. [3])

Gleichgestellt sind die Fälle, in welchen der dem Erklärenden Gegenüberstehende aus den Umständen entnehmen konnte und mußte, daß die Worte nicht den wahren Ausdruck des Willens enthielten. Dahin ge-

---

[1]) Savigny Syst. d. heut. röm. R. Bd. III S. 258, Unger Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II S. 117.

[2]) Savigny a. a. O. Bd. III S. 259.

[3]) Savigny a. a. O. III S. 262.

hört der Fall des Scherzes, ferner der Fall, wenn die Worte, die sonst als Ausdruck des Willens gelten, als Lehrbeispiel bei dem Unterricht in einer Sprache oder in der Rechtswissenschaft gebraucht werden u. s. w.

Endlich ist hier noch die auf einem Irrthum beruhende, also unabsichtliche Nichtübereinstimmung des Willens und der Erklärung zu erwähnen. Die Erklärung ist nichtig, wenn der Irrthum sich auf einen wesentlichen Punkt, also auf die Natur des zu begründenden Rechtsverhältnisses, auf die Person oder den Gegenstand bezieht. Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich § 98 gewährt dem richterlichen Ermessen einigen Spielraum, indem er vorschreibt: „Beruht der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde; im entgegengesetzten Falle ist die Willenserklärung gültig. Im Zweifel ist anzunehmen, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäfts auf einen andern Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter anderen Personen beabsichtigt wurde."

Nach dem im § 12 aufgestellten allgemeinen Prinzip hat nun nicht derjenige, der sich auf eine Willenserklärung beruft, darzulegen, daß keine der angegebenen Ausnahmen (Scheingeschäft, Scherz, Irrthum) vorliege und somit die Willenserklärung ernstlich gemeint sei, sondern es ist Sache des Gegners, einen Ausnahmefall thatsächlich zu substanziiren und nöthigenfalls zu beweisen.

Der mehrcitirte Entwurf bestimmt in den §§ 97 und 99, daß die Willenserklärung auch in den Fällen des Scherzes und des Irrthums gültig sein soll, sofern dem Urheber eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Es ist dies eine Ausnahme von der Ausnahme, eine Replik gegenüber der Einrede des Scherzes und der irrthümlichen Nichtübereinstimmung des Willens und der Erklärung. Nach § 97 Abs. 4 und § 99 Abs. 3 verliert jedoch die Fahrlässigkeit ihre Bedeutung, „wenn der Empfänger der Willenserklärung den Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen kannte oder kennen mußte". Dieser Umstand begründet eine Duplik gegenüber der Replik der groben Fahrlässigkeit. Demgemäß vertheilt sich die Beweislast nach

den Motiven S. 194 dahin, daß der Urheber der Willenserklärung, welcher die Nichtigkeit geltend macht, den Mangel der Uebereinstimmung zwischen dem wirklichen Willen und dem erklärten Willen, und wenn ihm der Nachweis grober Fahrlässigkeit geführt wird, das Kennen oder Kennenmüssen auf Seiten des Erklärungsempfängers darzuthun hat; umgekehrt hat der letztere, wenn er die Gültigkeit der Erklärung geltend macht, zunächst nur auf die Abgabe der Erklärung sich zu beziehen (§§ 193, 194 des Entwurfs) und erst dann, wenn der Gegenbeweis erbracht wird, daß Wille und Erklärung nicht übereinstimmen, den Nachweis einer dem Erklärenden zur Last fallenden groben Fahrlässigkeit zu führen, während es Aufgabe des Erklärenden ist, diesen Nachweis dadurch zu entkräften, daß er das Kennen oder Kennenmüssen auf Seiten des Erklärungsempfängers beweist.

§ 15. Irrthum als Beweggrund, Betrug und Bedrohung.

Verschieden von dem im vorigen Paragraphen besprochenen Irrthum, welcher die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung ausschließt, ist der Irrthum als Beweggrund. Wenn Jemand Essig kauft, weil er ihn für Wein hält, so irrt er sich über den Gegenstand des Kaufs, es liegt eine Erklärung ohne Willen vor, das Geschäft ist daher nichtig. Wenn aber Jemand eine Sache kauft, nicht weil er sie für etwas Anderes hält, als was sie ist, sondern weil er sie für werthvoller hält, als sie in Wirklichkeit ist, so besteht kein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung, denn der Wille, die Sache zu kaufen, ist vorhanden, es liegt nur ein irrthümlicher Beweggrund vor.

Der Irrthum als Beweggrund hat nun auf die Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs, namentlich auf Verträge der Regel nach keinen Einfluß. „In dieser regelmäßigen Unwirksamkeit des Irrthums," sagt Savigny,[1]) „liegt sogar die einzige Rettung des Verkehrs gegen grenzenlose Unsicherheit und Willkür." Nur ausnahmsweise findet ein solcher Irrthum unter gewissen Voraussetzungen Berücksichtigung bei letztwilligen Verfügungen, bei Erbschaftsantretungen u. s. w. Unter allen Umständen aber wird der Irrthum in den Beweggründen berücksichtigt, wenn er durch eine rechtswidrige Handlung (Betrug, dolus) hervorgerufen oder

---

[1]) Syst. d. heut. röm. R. Bd. III S. 355.

benutzt worden ist. Der Betrogene hat nicht bloß eine Einrede gegen jeden Anspruch aus dem betrügerischen Rechtsgeschäft, exceptio doli, sondern auch eine Klage auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, actio doli.

Es bedarf keiner Ausführung, daß der Irrthum als Beweggrund in den Fällen, wo er überhaupt berücksichtigt wird, Gegenstand der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit ist, und zwar in der Eigenschaft einer rechtshindernden Thatsache und somit als Grund einer Einrede. Dies gilt natürlich auch vom Betruge, der dem Gesagten zufolge sogar als Klaggrund, mithin als rechtserzeugende Thatsache in Betracht kommt.

Wie der Irrthum als Beweggrund, so ist auch die Furcht der Regel nach ohne Einfluß auf die Gültigkeit einer Handlung. Anders ist es jedoch, wenn die Furcht in widerrechtlicher Weise durch Drohungen oder Gewaltthätigkeiten hervorgerufen worden ist, in welchem Falle man von einem Zwange (vis ac metus) spricht. Unter Zwang ist hier immer nur ein psychischer Zwang, d. h. eine Einschüchterung zu verstehen, mag diese nun durch bloße Drohungen oder auch durch körperliche Mißhandlungen bewirkt worden sein. Dem auf solche Weise Eingeschüchterten gewährt nun das positive Recht, vorausgesetzt daß das angedrohte Uebel ein bedeutenderes und die Furcht vor demselben eine gegründete war, gegen die nachtheiligen Folgen der erzwungenen Handlung einen ähnlichen, aber noch weiter gehenden Schutz wie beim Betruge. Dem Gezwungenen steht nämlich gleichfalls eine Klage (actio quod metus causa) und eine Einrede (exceptio metus) zu, aber nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern gegen jeden in Folge des Zwanges Bereicherten.

Die einschlagenden Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerl. GB. sind: § 102: Ein Irrthum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne Einfluß. § 103: Ist Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung anfechten. Ist bei einer Willenserklärung, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird, der Betrug von einem Dritten verübt, so ist die Willenserklärung nur dann anfechtbar, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Betrug kannte oder kennen mußte.

Auch der Entwurf erkennt hiernach als Regel an, daß die Beweg-

gründe ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte sind. Von dieser Regel sind der Betrug und die Bedrohung ausgenommen. Beweispflichtig ist daher, wer eine solche Ausnahme auf dem Wege der Klage oder Einrede geltend macht.

Ganz verschieden von der Bedrohung, dem psychischen Zwange (vis compulsiva) ist der physische oder mechanische Zwang, die körperliche Ueberwältigung (vis absoluta). Wo mechanischer Zwang ausgeübt wurde, ist, wie Unger[1]) treffend bemerkt, gar keine Handlung, nicht einmal der Schein einer solchen vorhanden. Der in solcher Weise Gezwungene, heißt es in den Motiven zu dem Entw. d. bürgerl. GB. Bd. I S. 204, handelt nicht, sondern ist nur ein vermittelndes Werkzeug. Daraus folgt aber, daß die Behauptung, in solcher Weise gezwungen worden zu sein, auf ein indirectes Leugnen der Handlung hinausläuft. Man denke sich folgenden Fall. X wird von einer Anzahl Personen überfallen und nach Bewältigung des von ihm geleisteten Widerstandes von einigen der Angreifer festgehalten, während ihm ein anderer eine Feder in die Hand drückt und sodann die letztere mit Gewalt zum Unterschreiben einer Urkunde führt. Wer ist in diesem Falle der Unterschreibende? Ist es der, dem die Hand wider seinen Willen mit Gewalt geführt wird, oder derjenige, welcher die Hand des Andern als willenloses Werkzeug zum Unterschreiben der Urkunde benutzt? Ohne allen Zweifel kann nur der letztere als der Unterschreibende angesehen werden, denn er ist es, der nach Ueberwältigung des von X geleisteten Widerstandes allein handelt, während X zu einem rein passiven Verhalten gezwungen ist. Demzufolge ist X, wenn es zum Prozeß kommt, vollkommen berechtigt, zu leugnen, daß er die Urkunde unterschrieben habe. Fügt er eine Darlegung des wahren Sachverhaltes bei, so ist dies keine Einrede, sondern Motivirung seines Leugnens. Ja, es liegt schon in der Darlegung des Sachverhaltes die Behauptung, daß nicht er selbst, sondern derjenige, der ihm die Hand mit Gewalt führte, die Urkunde unterschrieben habe. Eine Schriftenvergleichung durch Sachverständige würde höchstwahrscheinlich zu demselben Ergebniß führen, denn es ist wohl anzunehmen, daß in einem solchen Falle die unter der Urkunde befindlichen Schriftzüge nicht denen des Gezwungenen, sondern den Schriftzügen des Zwingenden ähnlich sein werden.

---

[1]) Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II § 81 S. 51.

Hieraus folgt aber, daß die körperliche Ueberwältigung nicht Gegenstand der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit ist, sondern nur als Thema eines eigentlichen Gegenbeweises in Betracht kommen kann. Wenn auf Grund eines Schuldscheins geklagt wird und der Beklagte behauptet, die Hand sei ihm mit Gewalt zur Unterschrift geführt worden, so bestreitet er damit dem Bisherigen zufolge, daß er den Schuldschein unterschrieben habe, und die Beweislast trifft daher den Kläger. Sollte sich nun der Kläger des Eidesantrags als Beweismittels bedienen, so ist der Beklagte berechtigt, den Diffessionseid zu leisten, der natürlich eine der Sachlage entsprechende Fassung erhalten müßte.

Diese Ansicht ist schon früher von mir vertreten worden,[1]) hat aber vielseitigen Widerspruch erfahren. So bezeichnet, um von den widersprechenden Schriftstellern nur die hervorragendsten anzuführen, Unger[2]) meine Ansicht als irrig, kommt aber dadurch meines Dafürhaltens in Widerspruch mit seiner eigenen, oben von mir angeführten Aeußerung, daß, wo mechanischer Zwang ausgeführt worden, gar keine Handlung, nicht einmal der Schein einer solchen vorhanden sei. Ebenso bestreitet Burckhard[3]) die Richtigkeit meiner Ansicht und sagt, die Frage, wer beweisen müsse, wenn Kläger einen mit der Namensunterschrift des Beklagten versehenen schriftlichen Vertrag vorlege und Beklagter behaupte, er habe zwar unterschrieben, aber Kläger habe ihm gewaltsam die Hand geführt, entscheide sich dahin, daß der Beklagte den Beweis der vis absoluta zu erbringen habe. Ich muß dagegen bemerken, daß nach meiner Auffassung schon die hier dem Beklagten in den Mund gelegte Behauptung, „er habe zwar unterschrieben, aber Kläger habe ihm gewaltsam die Hand geführt", einen inneren Widerspruch enthält, da in einem solchen Falle nicht der Gezwungene, sondern der Zwingende der Handelnde ist, also Beklagter gar nicht von sich aussagen kann, er habe unterschrieben.

Das Gesagte bezieht sich aber nur auf den Fall der vollständigen körperlichen Ueberwältigung, nicht auf den der Bedrohung völlig gleich stehenden Fall, wenn Jemand, nachdem er körperlich mißhandelt worden, aus Furcht vor weiteren Mißhandlungen die ihm angesonnene Handlung vornimmt, z. B. eine Urkunde unterschreibt oder vernichtet oder eine

---

[1]) Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII S. 167, 168.

[2]) Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II § 124 S. 488 Anm. 23.

[3]) Präsumtionen S. 152 vgl. mit S. 160.

Sache herausgiebt. In Fällen der letzteren Art ist nur eine actio oder exceptio metus gegeben, deren thatsächlicher Grund dargethan werden muß.

§ 16. Besitzfehler, SC. Macedonianum, SC. Vellejanum.

In den §§ 12—14 ist die Bedeutung erörtert worden, die dem Verhältniß der Regel und Ausnahme in Ansehung der allgemeinen Erfordernisse der Entstehung eines Rechts und der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts zukommt. Damit ist jedoch die Bedeutung jenes Verhältnisses keineswegs erschöpft, dasselbe kommt vielmehr auch in einer ganzen Reihe specieller Fälle zur Anwendung, von denen ich hier nur die wichtigsten anführe.

I. Der Besitz, obgleich kein Recht, sondern ein thatsächlicher Zustand, hat rechtliche Folgen, namentlich wenn er mit dem Willen, für sich zu besitzen (animus possidendi), verbunden ist. Die Gesetze unterscheiden aber zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Besitz (possessio justa und injusta). Rechtmäßig ist jeder Besitz, der nicht mit Gewalt (vi), heimlich (clam) oder bittweise (precario) erlangt worden ist. Unrechtmäßig ist der Besitz, der mit einem der angegebenen Besitzfehler (vitia possessionis) behaftet ist. Schon aus der Art der Entgegensetzung ergiebt sich meines Erachtens klar, daß es sich hier um Regel und Ausnahme handelt. Die Regel ist, daß der Besitz als solcher für rechtmäßig gilt und demgemäß geschützt wird. Ausnahmen von dieser Regel werden durch die vis, clandestinitas und das precarium begründet. Man kann dies auch folgendermaßen ausdrücken: (Regel) der Besitz wird geschützt, (Ausnahme) es sei denn, daß er auf unrechtmäßige Weise, nämlich vi, clam oder precario erlangt wäre.

Dafür, daß es sich hier in der That um Regel und Ausnahme handelt, spricht auch noch folgendes Moment, das jeden Zweifel beseitigen dürfte. Der Einwand, daß einer der angegebenen Besitzfehler vorliege, steht nämlich nicht jedem Prozeßgegner, sondern nur demjenigen zu, von dem der Besitz mittels eines solchen Fehlers auf den jetzigen Besitzer übergegangen ist. Dritte können sich nicht auf die s. g. exceptio vitiosae possessionis berufen.

Aus dem Gesagten folgt, daß das Vorhandensein eines der in Rede stehenden Besitzfehler als rechtshindernde Thatsache Gegenstand der Ausführungs- und Beweisverbindlichkeit ist.

Was von dem Besitze im Allgemeinen gilt, findet auch auf den Erwerb der Dienstbarkeiten durch Ersitzung Anwendung. Ich will dahingestellt sein lassen, ob man mit Burckhard[1]) den Besitz nec vi nec clam nec precario als „constitutives" Element für die Besitzung bezeichnen kann. Jedenfalls bildet nur der fortgesetzte Besitz als solcher die positive Voraussetzung, das nec vi nec clam nec precario aber die negative Voraussetzung des Erwerbs durch Ersitzung. Die vis, die clandestinitas und das precarium sind die Thatsachen, die eine Ausnahme von der Regel zur Folge haben, sie bilden Hindernisse der Ersitzung und müssen daher von dem, der die Ersitzung bestreitet, dargethan werden.

Uebrigens ist man gegenwärtig darüber allgemein einverstanden, daß auch bei der Ersitzung der Servituten nicht die Fehlerfreiheit des Besitzes, sondern das Vorhandensein eines Besitzfehlers Gegenstand der Beweislast ist, wenn auch über den Grund dieser Vertheilung der Beweislast die Meinungen noch sehr getheilt sind. Die vorherrschende, obschon völlig unhaltbare Meinung ist noch immer, daß eine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes spreche.

Ich bemerke schließlich noch, daß die Einrede des fehlerhaften Besitzes in den Quellen mehrfach als exceptio bezeichnet wird,[2]) woraus sich von selbst ergiebt, daß die Beweislast den Beklagten trifft.

II. Ein sehr lehrreiches Beispiel für das Verhältniß der Regel und Ausnahme auf dem Gebiete des Privatrechts bietet die exceptio senatusconsulti Macedoniani. Die allgemeine Regel ist ohne Zweifel, daß die Hingabe eines Darlehns eine klagbare Obligation erzeugt. Nach dem angeführten Gesetz tritt aber eine Ausnahme in dem Falle ein, wenn einem Haussohn Geld dargeliehen wird. In diesem Falle steht dem Empfänger eine exceptio zur Seite, wodurch die Darlehnsobligation insoweit beschränkt wird, daß nur eine naturalis obligatio übrig bleibt, also die Klagbarkeit ausgeschlossen wird. Die exc. SC. Macedoniani fällt jedoch weg: 1. wenn das Darlehn zur Deckung eines unabweislichen Bedürfnisses vorgestreckt worden war, 2. wenn es mit dem Willen des Vaters gegeben oder von diesem nachträglich genehmigt worden war, 3. wenn der Empfänger, nachdem er Pater-

[1]) Präsumtionen S. 154.

[2]) l. 1 § 11 D. de itin. 43, 19, l. 15 § 5 D. quod vi 43, 24.

familias geworden, die Schuld anerkannt hat, 4. wenn der Gläubiger über die Eigenschaft des Empfängers als Filiusfamilias sich in einem entschuldbaren Irrthum befand.[1]) Die Ausnahme hat also wieder ihre Ausnahmen, welche replikweise geltend zu machen sind und zur Folge haben, daß die Regel, wonach das Darlehn eine klagbare Obligation erzeugt, ungeachtet des Umstandes, daß der Empfänger Haussohn war, zur Anwendung kommt und sonach die rechtserzeugende Thatsache in Kraft bleibt.

III. Viel Aehnlichkeit mit der exc. SC. Macedoniani hat die exc. SC. Vellejani. Diesem Senatusconsult zufolge ist die Uebernahme fremder Verbindlichkeiten (intercessio) für Personen weiblichen Geschlechts unverbindlich. Es bedarf wohl keiner besonderen Ausführung, daß diese Bestimmung als eine Ausnahme von der Regel angesehen werden muß. Die in Rede stehende Ausnahme hat aber ihrerseits wieder eine ganze Reihe von Ausnahmen. Die Frau kann sich nämlich nicht auf das Senatusconsult berufen: 1. wenn der Gläubiger sich in Betreff ihrer Intercession in einem entschuldbaren Irrthum befunden hat, 2. wenn die Frau den Gläubiger getäuscht hat, 3. wenn sie sich für ihre Intercession hat bezahlen lassen u. s. w. u. s. w.[2]) Diese Ausnahmen von der Ausnahme fallen nach dem Bisherigen unter den Begriff der Replikthatsachen.

§ 17. Entwehrungsanspruch, Gewähr der Mängel, Verletzung über die Hälfte, Erbunfähigkeit, Erbunwürdigkeit, Mangel der testamenti factio, lex Falcidia, lex Anastasiana.

Nach dem Verhältniß der Regel und Ausnahme bestimmt sich ferner die Beweislast in folgenden Fällen:

IV. Der Kaufvertrag und jedes andere Geschäft, wodurch Jemand verpflichtet wird, einem Andern das Eigenthum oder ein anderes Recht an einer Sache zu verschaffen, begründet auch eine Haftpflicht für den Fall der Entwehrung dieses Rechts durch einen andern Berechtigten (evictio — Evictionsleistung). Diese Regel hat jedoch Ausnahmen. Der Entwehrungsanspruch fällt weg, wenn der Erwerber beim Abschlusse des Geschäfts das mangelhafte Recht des Veräußerers gekannt

---

[1]) Puchta Pand. § 306.

[2]) Windscheid Pandektenr. Bd. II § 486.

hat. Auch kann der Erwerber auf den Anspruch verzichten (s. g. pactum de non praestanda evictione); der Verzicht hilft jedoch dem arglistigen Verkäufer nicht. Vgl. § 373 und § 380 des Entwurfs eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich. Der Erwerber hat zur Begründung des Entwehrungsanspruchs nur die erfolgte Entwehrung nachzuweisen. Sache des Veräußerers ist es, einredeweise geltend zu machen, daß der Kläger bei Schließung des Vertrags den Mangel in dem Rechte des Veräußerers gekannt oder daß er auf den Entwehrungsanspruch verzichtet habe. Der Einrede des Verzichts aber kann die Replik der Arglist (replicatio doli) entgegengesetzt werden.

V. Wer sich durch Vertrag zur Veräußerung einer Sache verpflichtet hat, haftet dem Erwerber dafür, daß die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat. Er haftet ferner der Regel nach auch wegen solcher Mängel der Sache, die den Werth oder die Tauglichkeit derselben zum Gebrauche erheblich beeinträchtigen. Ausgenommen sind jedoch die Mängel, die so offenkundig sind, daß sie dem Erwerber in die Augen fallen mußten.[1]) In Betreff dieser Ausnahme enthält der Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich in § 382 folgende nähere Bestimmungen: „Der Veräußerer haftet nicht wegen eines Mangels, welchen der Erwerber zur Zeit der Schließung des Vertrages gekannt hat. Wegen eines Mangels, welcher dem Erwerber in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, haftet der Veräußerer nur dann, wenn er das Nichtvorhandensein des Mangels zugesichert oder wenn er denselben gekannt und dem Erwerber verschwiegen hat." Hiernach vertheilt sich die Beweislast in folgender Weise. Der Erwerber hat zur Begründung seines Anspruchs auf Gewährleistung das Vorhandensein eines erheblichen Mangels darzulegen. Der Beklagte hat einredeweise geltend zu machen, daß der Kläger den Mangel gekannt habe oder daß ihm der Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei. Dem Kläger steht dagegen die Replik zu, daß Beklagter das Nichtvorhandensein des Mangels zugesichert oder daß er den Mangel gekannt und dem Kläger verschwiegen habe.

VI. Der Verkäufer kann von dem Kaufvertrage zurücktreten, wenn er weniger als die Hälfte des wahren Werthes für seine Sache em-

---

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. II § 393.

pfangen hat (s. g. laesio enormis).[1]) Dies ist die Regel. Sie findet keine Anwendung 1. auf Sachen, die keinen festen Werth haben, und 2. auf gewagte Geschäfte. Dies sind die beiden Ausnahmen. Der Verkäufer hat daher zur Begründung seines Rücktrittsrechts nichts weiter darzuthun, als daß der Kaufpreis weniger als die Hälfte des wahren Werthes der Sache betragen habe. Dagegen braucht er nicht auszuführen, daß keine der erwähnten beiden Ausnahmen vorliege, vielmehr ist es Sache des Käufers, sich auf eine solche Ausnahme zu berufen und dieselbe thatsächlich zu begründen und, wo nöthig, zu beweisen.

VII. Der Theil der Rechtsfähigkeit, welcher die Erbfolge bedingt, ist nach römischem Recht gewissen Personen ganz oder theilweise entzogen. Die hierauf bezüglichen (größtentheils veralteten) Bestimmungen sind als Ausnahmebestimmungen anzusehen, die Erbfähigkeit bildet selbstverständlich die Regel. Demzufolge muß einer Erbschaftsklage gegenüber die Erbunfähigkeit behauptet und nachgewiesen werden.

VIII. Der Anfall einer Erbschaft kann wegen Erbunwürdigkeit (Indignität) angefochten werden. Die einzelnen Gründe der Erbunwürdigkeit sind in den Quellen speciell aufgeführt; der Entw. des bürgerl. GB. handelt davon in § 2045. Die Erbunwürdigkeit ist natürlich die Ausnahme, in der Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung ist daher ein Grund anzuführen, der die Anwendung der Ausnahmebestimmung rechtfertigt.

IX. Gewissen Personen ist die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, testamenti factio im engeren Sinne, entzogen. Die Regel spricht hier für die Testirfähigkeit (wie für die Handlungsfähigkeit im Allgemeinen, vgl. § 13). Die Testirunfähigkeit und der thatsächliche Grund derselben ist daher Gegenstand der Anführungs- und Beweislast.

X. Die testamenti factio im weiteren Sinne des Wortes begreift auch die Fähigkeit, Testamentszeuge zu sein, in sich. Von dieser Fähigkeit gilt dasselbe, was von der Erb- und der Testirfähigkeit gesagt worden ist: sie bildet die Regel, die Unfähigkeit dagegen die Ausnahme. Daher genügt es, wenn der Testamentserbe ein äußerlich fehlerfreies Testament producirt. Behauptet der Gegner, daß dasselbe

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. II § 396.

wegen Unfähigkeit eines Testamentszeugen ungültig sei, so hat er den Grund der Unfähigkeit als eine rechtshindernde Thatsache zu beweisen.

XI. Wenn durch die Anordnung von Vermächtnissen und sonstigen mortis causa capiones bewirkt ist, daß dem Erben weniger als der vierte Theil der Erbschaft übrig bleibt, so ertheilt die lex Falcidia und das sie erweiternde spätere Recht dem Erben die Berechtigung, den Vermächtnißnehmern u. s. w. pro rata so viel abzuziehen, daß ihm, dem Erben, jenes Viertheil frei bleibt. Diese Bestimmung ist zweifellos exceptioneller Natur. Die allgemeine Rechtsregel ist, daß der Erbe zur vollen Auszahlung der Vermächtnisse u. s. w. verpflichtet ist. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nun für den Fall eingeführt, daß nach der Auszahlung dem Erben nicht einmal der vierte Theil der Erbschaft übrig bleiben würde. In diesem Falle soll er zu verhältnißmäßigen Abzügen berechtigt sein. Natürlich ist es Sache des Erben, den Nachweis zu liefern, daß der gedachte Ausnahmefall vorliege. Dies ist auch ausdrücklich anerkannt in l. 17 D. de prob. 22, 3: Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est, locum habere legem Falcidiam: quod dum probare non potest, merito condemnabitur.

XII. Nach Analogie der lex Falcidia ist endlich die bekannte Streitfrage über die Beweislast bei der lex Anastasiana zu entscheiden. Dieses Gesetz schreibt vor, daß ein Cessionar, der eine Forderung gekauft hat, nicht mehr einklagen darf, als er selbst für die Forderung gegeben hat. Das Gesetz enthält aber keine Bestimmung über die Beweislast. Nun ist man zwar darüber einverstanden, daß zunächst der Schuldner zu beweisen hat, daß der Uebertragung ein Kaufgeschäft zu Grunde liege. Dagegen streitet man, ob der Schuldner auch beweisen müsse, daß der Cessionar für die Forderung weniger gezahlt habe, als er einklage, oder ob dem Cessionar der Beweis obliege, daß er so viel gezahlt habe, als er einklage. Die Einen legen dem Cessionar den Beweis auf, und zwar mit Rücksicht auf die Intention des Gesetzes, welche dahin gehe, den Handel mit Forderungen, der so oft zum Nachtheil des wirklichen oder angeblichen Schuldners ausfalle, unmöglich zu machen.[1]) Andere legen dem Schuldner den Beweis auf, weil die Cession an und für sich zur Einklagung der Forderung

[1]) Puchta Pand. § 285, Sintenis Civilr. II § 128 Anm. 5, Vangerow Pand. III § 576 Anm. 2.

berechtige und die lex Anastasiana dem Schuldner nur einen Einwand gebe, dessen thatsächlichen Grund er ebenso beweisen müsse, wie der Erbe, der kraft der lex Falcidia einen Abzug machen wolle, den Beweis führen müsse, daß dieselbe Platz greife.[1])

Ich trage kein Bedenken, der letzteren Ansicht beizutreten. Die Regel ist offenbar, daß die Cession zur Einklagung des vollen Betrags der Forderung berechtigt. Das Anastasianische Gesetz führt eine Ausnahme von dieser Regel zu Gunsten des Schuldners ein. Dieser hat daher die thatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahme, also 1. daß die Uebertragung der Forderung auf einem Kaufe beruhte, 2. daß der gezahlte Kaufpreis geringer war, als der Betrag der eingeklagten Forderung, zu beweisen.[2])

§ 18. Uebereinstimmende Aussprüche.

Auf den Gegensatz der Regel und Ausnahme und dessen Bedeutung für die Lehre von der Beweislast hat, wie bereits erwähnt wurde (§ 12), zuerst Bethmann-Hollweg hingewiesen. Der Ansicht Bethmann-Hollweg's sind u. A. Heffter[3]) und Römer[4]) beigetreten. Einen sehr passenden Ausdruck hat Arndts[5]) dieser Ansicht verliehen, indem er sagt: „es genüge, die thatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung des die Klage oder Einrede erzeugenden Verhältnisses zu beweisen, und zwar nach den regelmäßig dabei hervortretenden Momenten, — das Dasein besonderer Hindernisse, welche der regelmäßigen Wirkung der erwiesenen Thatumstände entgegenstanden, müsse von der Gegenpartei, die sich darauf berufe, bewiesen werden". Damit stimmt auch folgender Ausspruch Savigny's[6]) überein: „Zu den wesentlichen Ele-

[1]) Weber Verbindl. z. Beweisführung VI § 29, Bethmann-Hollweg Versuche S. 357, Burchardi im Arch. f. civil. Prax. XVIII S. 197 fg., Windscheid Pandektenr. Bd. II § 333.

[2]) Auch Mayen Beweislast, Einreden u. s. w. S. 157 fg. ist derselben Ansicht, jedoch zählt er mit Unrecht den Fall der l. Anastasiana zu den rechtsvernichtenden Thatsachen. Es handelt sich vielmehr um ein Hinderniß der Rechtsentstehung, da der Käufer nicht eines erworbenen Rechts verlustig geht, sondern nicht mehr erwirbt, als er für die Forderung bezahlt.

[3]) i. d. Zusätzen zu Weber Verbindl. z. Beweisführung S. 218 fg.

[4]) Beweislast hinsichtl. d. Irrthums S. 17, 18.

[5]) Lehrb. d. Pandekten § 114.

[6]) Syst. d. heut. röm. R. Bd. V § 225 S. 154.

menten jeder Klage gehört nur das allgemeine Dasein der factischen Bedingungen des bestrittenen Rechts. Die gehörige, regelmäßige Beschaffenheit dieser Bedingungen versteht sich dann von selbst, und wenn diese von dem Beklagten verneint wird, so tritt er damit in dasselbe Verhältniß, wie wenn er die spätere Aufhebung des früher vorhandenen Rechts behauptet: er trägt nämlich auch hier die Last des Beweises. Dieses Verhältniß ist von der wichtigsten und ausgedehntesten Anwendung. Es tritt ein, wenn bei einer Contractsklage der Beklagte die Unmündigkeit oder den Wahnsinn eines Contrahenten behauptet; — ebenso wenn der Beklagte das Dasein einer Erklärung einräumt, jedoch hinzufügt, es sei eine Erklärung ohne Willen gewesen. Dieser wichtigen Regel liegt zum Grunde die Annahme, daß bei dem scheinbaren Auftreten und Handeln eines Menschen das vollständige Dasein dieses Menschen als eines willensfähigen Wesens sich als Regel von selbst versteht; ebenso wie bei einer scheinbaren Willenserklärung die Uebereinstimmung der Erklärung mit dem wirklichen Willen, deren natürliches Zeichen sie ist."

Ebenso sagt Burchardi:[1]) „Wem der Beweis eines Rechts obliegt, der hat nicht darzuthun, daß dies Recht wirklich vorhanden sei, sondern er hat nur solche Thatsachen zu erweisen, welche den Gesetzen zufolge regelmäßig die Wirkung haben, das behauptete Recht zu erzeugen. Hierauf beruht es, — daß, wer ein Rechtsgeschäft behauptet, — nichts weiter darzuthun braucht, als die Vornahme derjenigen Handlungen, die das fragliche Rechtsgeschäft bilden, sowie den Inhalt, auf welchen es ihm gerade ankommt. Dieser Beweis giebt, abgesehen noch von der Möglichkeit einer wieder eingetretenen Tilgung der Rechte aus dem Geschäfte, nicht einmal die Gewißheit, daß überall wirklich Rechte aus dem Geschäfte entstanden sind. Es können im concreten Fall Umstände vorhanden gewesen sein, welche die ordentliche Wirkung des Geschäfts ausschließen. Zu den allgemeinen Fehlern rechtlicher Geschäfte, wie Zwang, Betrug, Irrthum und Simulation, Handlungsunfähigkeit der Personen, Mangel des ernstlichen Willens, Untauglichkeit der zugezogenen Solennitätszeugen, Unstatthaftigkeit des Gegenstandes und Inhalts u. s. w., gesellen sich auch noch fast bei allen Rechtsgeschäften einige einzeln stehende positive Ausnahmen von der Gültigkeit. So-

---

[1]) im Arch. f. civil. Prax. Bd. XVIII S. 208 fg.

lange nun die Möglichkeit solcher Fehler und solcher Ausnahmen von der Regel bleibt, kann man nicht sagen, daß der Beweis der Vornahme eines Rechtsgeschäfts die Gewißheit eines Rechts gebe; denn sind dergleichen Fehler und Ausnahmen da, so ist das sonst aus dem Geschäft fließende Recht nur scheinbar, nicht wirklich vorhanden. Und dennoch sind die Gesetze mit dem Beweise eines solchen formellen, möglicherweise unkräftigen Fundamentes des Rechts zufrieden, indem Fehler und Ausnahmen zum Gegenbeweise gehören."

Desgleichen stellt Unger[1]) als Grundsatz auf, daß der Kläger diejenigen juristischen Thatsachen zu reproduciren habe, welche die specifischen Entstehungsgründe des behaupteten Rechts seien, und fügt hinzu: „Daß auch alle allgemeinen (regelmäßigen) Voraussetzungen der Rechtsentstehung überhaupt vorhanden waren (z. B. allgemeine Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der Parteien, Privatrechtsfähigkeit der Sache, Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung), hat der Kläger ebensowenig darzuthun, als daß solche Umstände nicht vorhanden sind, an welche die Gesetze eine Ausnahme von der Regel knüpfen, auf welche sich der Kläger zur Begründung seines Klaganspruchs stützt." In Note 23 bemerkt er weiter: „Es hat also der Kläger den Mangel aller möglichen Hindernisse der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht im Detail zu behaupten und zu beweisen. Auch diese Regulirung der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit läßt sich auf das Princip von Regel und Ausnahme zurückführen." In Note 23a heißt es ferner in Betreff der Willenserklärungen: „Regel: die Erklärung des Willens bringt die betreffende juristische Wirkung (Entstehung u. s. w. eines Rechtsverhältnisses) hervor. Ausnahme: die Willenserklärung hat diese Wirkung nicht, wenn der Wille mit der Erklärung nicht übereinstimmt: daher ist nicht die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung, sondern die Nichtübereinstimmung als Hinderniß der regelmäßigen Wirkung der Willenserklärung zu behaupten und zu beweisen." Die Anmerkungen 24 und 25 S. 457—459 endlich enthalten eine große Zahl belehrender Beispiele.[2])

Auch in den römischen Rechtsquellen finden sich außer den früher

---

[1]) Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II § 123 S. 454 fg.

[2]) Vgl. auch Wetzell Syst. d. ordentl. Civilproz. § 17, Windscheid Pandektenr. Bd. I § 133.

angeführten speciellen Bestimmungen allgemeine Aussprüche, in denen das Princip von Regel und Ausnahme deutlich anerkannt wird. Dahin gehört l. 5 pr. D. de prob. 22, 3.: Ab ea parte, quae dicit, adversarium suum aliquo jure prohibitum esse, specialiter lege vel constitutione, id probari debere; ferner l. 30 D. de V. O. 45, 1: Sciendum est generaliter, quodsi quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solenniter acta.

In ganz bestimmten und klaren Worten ist das Princip von Regel und Ausnahme endlich auch in § 194 des Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich ausgesprochen: „Wer die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint, hat diese besonderen Thatsachen zu beweisen. Dies gilt insbesondere für Rechtsgeschäfte, wenn geltend gemacht wird der Mangel der Geschäftsfähigkeit, der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betruges, oder wenn geltend gemacht wird, daß eine besondere Form rechtsgeschäftlich bestimmt sei." Daß aber der Entwurf unter den besonderen Thatsachen, wodurch die regelmäßige Wirkung eines Thatbestandes ausgeschlossen wird, nichts Anderes als die s. g. rechtshindernden Thatsachen versteht, ergiebt sich klar aus den Motiven zu §§ 193—195 (Bd. I S. 382), und zwar aus folgenden Worten: „Wer einen Anspruch geltend macht, hat diejenigen Thatsachen anzuführen und zu beweisen, welche der Regel nach geeignet sind, den Schluß auf die Entstehung des erhobenen Anspruches zu rechtfertigen. Es kann dem Kläger nicht angesonnen werden, neben dem Entstehen auch das Bestehen des Anspruches zur Zeit der Geltendmachung darzuthun; ebensowenig liegt ihm ob, die Abwesenheit besonderer Thatsachen zu beweisen, die, wenn sie vorhanden wären, die dem Thatbestande an und für sich zukommende Wirkung ausschließen würden. Die Geltendmachung und der Beweis der rechtsaufhebenden und rechtshindernden Thatsachen ist ebenso Aufgabe der Gegenpartei, wie die Geltendmachung und der Beweis der Einredethatsachen im engeren Sinne."

§ 19. Abweichende Meinungen.

Aus einem andern Gesichtspunkte betrachten Langenbeck[1]) und Burckhard[2]) das Verhältniß der rechtserzeugenden und rechtshindernden Thatsachen. Sie bestreiten, daß dasselbe auf das Verhältniß der Regel und Ausnahme zurückzuführen sei, erkennen überhaupt die Existenz allgemeiner Regeln in dem in den §§ 12—18 angegebenen Umfange nicht an und stellen als allgemeines Princip der Lehre von der Beweislast auf, daß der Kläger immer nur die äußeren Erfordernisse der Entstehung seines Rechts zu beweisen brauche, wogegen der Beweis des Mangels eines inneren Erfordernisses dem Beklagten obliege.

Langenbeck meint beim Durchgehen der gesetzlichen Aussprüche über Vertheilung der Beweislast gefunden zu haben, daß dem Kläger regelmäßig nur der Beweis derjenigen Erfordernisse angesonnen werde, welche als die äußeren Merkmale der Entstehung seines Rechts erscheinen. Auch im täglichen Leben werde die Frage, ob ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältniß entstanden sei, regelmäßig nach den äußeren Merkmalen beantwortet. „Daß Jemand," so fährt er fort, „denjenigen Thatsachen trauet, in denen sich der Charakter des Rechts oder Rechtsverhältnisses äußerlich abprägt, liegt einestheils tief in der Natur des Menschen begründet, anderntheils fordert das Verkehrsleben dazu auf. Wer sich zur Eingehung von Verträgen nicht eher entschließen wollte, bis er weiß, ob der Andere auch Willensfähigkeit, ob er Dispositionsbefugniß hat, würde sich in Weitläufigkeiten verwickeln und während der zu deren Erledigung erforderlichen Zeit die Gelegenheit zum Contrahiren vorbeigehen lassen."

Burckhard geht davon aus, daß das Rechtsleben das äußere Leben betreffe, und stellt als Princip auf: „Was äußerlich ohne Mangel existirt, was äußerlich die Erfordernisse des geltend gemachten concreten Rechts aufweisen kann, hat den Anspruch auf Anerkennung, bis dieser Anspruch als unbegründet nachgewiesen wird."

Dem von Langenbeck und Burckhard hervorgehobenen Gesichtspunkte ist nicht alle Berechtigung abzusprechen, allein das von ihnen aufgestellte Princip ist zu äußerlich und trifft nicht den Kern der Sache.

---

[1]) Beweisführung S. 279 fg.

[2]) Präsumtionen S. 151 fg.

Es ist richtig, daß das Rechtsleben vorzugsweise das äußere Leben betrifft, allein daraus folgt noch nicht, daß Alles, was äußerlich ohne Mangel existirt, auch ohne Weiteres Anspruch auf Geltung habe. Es mag ferner zugegeben werden, daß das Verkehrsleben dazu auffordert, den Merkmalen zu trauen, in denen sich der Charakter eines Rechtsverhältnisses äußerlich abprägt, allein daraus folgt doch gewiß nicht, daß auch der Richter nach dem äußeren Scheine urtheilen dürfe. Der Grund, warum der Nachweis der formellen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts vorläufig genügt, liegt tiefer. Er liegt, wie ich in den vorhergehenden Paragraphen (§ 12 fg.) zu zeigen versucht habe, darin, daß das Vorhandensein der inneren (allgemeinen) Erfordernisse, nämlich der Handlungs- und Verkehrsfähigkeit, sowie der Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung, die Regel bildet, die so lange angenommen werden muß, bis die Ausnahme bewiesen ist. Die Ausnahme aber, also das Vorhandensein eines inneren Mangels, muß natürlich von demjenigen, der sich darauf beruft, bewiesen werden.

Uebrigens ist das auf den Gegensatz der äußeren und inneren Erfordernisse der Entstehung eines Rechts gebaute Princip kein durchgreifendes. Dasselbe findet nur auf die Frage Anwendung, was der Kläger zur Begründung seiner Klage und was der Beklagte einredeweise vorzubringen habe, nicht aber auf die Frage, was Gegenstand einer Einrede und was Gegenstand einer Replik sei. Dagegen ist das auf den Gegensatz der Regel und Ausnahme gebaute Princip auch für die letztere Frage maßgebend. Dies ist schon früher an einer ganzen Reihe von Beispielen gezeigt worden, nämlich in § 13 an der Einrede der Minderjährigkeit und den Repliken der venia aetatis und der Zustimmung des Vormundes, desgleichen an der Einrede des Wahnsinns und der Replik eines dilucidum intervallum, ferner in § 16 sub II und III an den Repliken, welche der exceptio SC. Macedoniani und der exc. SC. Vellejani entgegengestellt werden. Ein weiteres Beispiel ist gegenüber der Einrede der Klagverjährung die Replik der Unterbrechung. Der Beklagte, der sich auf die Verjährung beruft, hat die Regel für sich und braucht nicht nachzuweisen, daß die Verjährung keine Unterbrechung erlitten habe. Die Unterbrechung begründet eine gesetzliche Ausnahme von der Regel und ist daher Gegenstand einer Replik.

Auch ist das von Langenbeck und Burckhardt vertretene Princip nicht einmal in allen Fällen für die Frage maßgebend, was zum

Klaggrunde gehöre und was Gegenstand einer Einrede sei. Jenes Princip paßt z. B. nicht für die Klagen aus unerlaubten Handlungen (Delicten). Zu einem Delicte ist ein doppelter Thatbestand erforderlich, ein objectiver und ein subjectiver. Der erstere besteht in einer widerrechtlichen Handlung, durch welche einem Andern ein Schaden zugefügt wurde, der letztere in einer Verschuldung, sei es Vorsatz (dolus) oder Fahrlässigkeit (culpa). Wer nun eine Delictsklage anstellt, hat selbstverständlich Alles, was zum Begriffe eines Delicts gehört, also nicht bloß den objectiven, sondern auch den subjectiven Thatbestand, m. a. W. außer der widerrechtlichen Schadenszufügung auch die Vorsätzlichkeit oder doch eine Fahrlässigkeit nachzuweisen. Es ist also vom Kläger nicht bloß der äußere Vorgang, sondern auch ein innerer Vorgang darzuthun. Nun läßt sich zwar eine Fahrlässigkeit nur auf dem indirecten Wege der Schlußfolgerung aus den äußeren Umständen feststellen, aber immerhin ist die Fahrlässigkeit als solche ein innerer Vorgang. Dagegen kann der Vorsatz auch direct und zwar durch Eidesantrag bewiesen werden.[1])

Hierzu kommt endlich noch, daß der Begriff des inneren Mangels, wie in den Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerlichen GB. f. d. deutsche Reich Bd. I S. 383 (zu §§ 193—195) mit Recht hervorgehoben wird, der erforderlichen Bestimmtheit entbehrt. So ist es mir z. B. zweifelhaft, ob man mit Burckhard[2]) die Besitzfehler, nämlich vis, clandestinitas und precarium, zu den inneren Mängeln rechnen darf. Freilich kann man es dem Besitze nicht ansehen, ob er mit einem der angegebenen Fehler behaftet ist oder nicht. Andererseits beruhen aber alle drei Fehler auf äußeren, sinnlich wahrnehmbaren Vorgängen, die als solche auch durch Zeugen bewiesen werden können und durchaus verschieden sind von den Vorgängen, die man gewöhnlich als innere bezeichnet, nämlich geistigen Vorgängen, wie dolus, conscientia doli u. s. w. Ich erwähne dies nur, um darauf hinzuweisen, wie mißlich die Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Mängeln, inneren und äußeren Vorgängen u. s. w. ist. Der wahre Grund, weshalb nicht der Besitzer die Abwesenheit der Besitzfehler, sondern der Prozeßgegner das Vorhandensein eines solchen Fehlers darzuthun hat, ist,

---

[1]) Bülow Civilprozeßordnung § 410 S. 296 Note 3, Wilmowski und Levy Civilprozeßordnung § 410 Bd. I S. 569 (4 Aufl.) Note 1.

[2]) Präsumtionen S. 154 vgl. mit S. 156 fg.

wie ich schon in § 16 sub I zu zeigen versucht habe, der, daß der Regel nach der Besitz als solcher geschützt wird, daß aber eine Ausnahme von dieser Regel eintritt, wenn derjenige, der im Besitze geschützt sein will, den Besitz von seinem Prozeßgegner vi, clam oder precario erlangt hat.

§ 20. Angebliche Vermuthungen.

In Ermangelung eines ausreichenden Erklärungsgrundes für den im Allgemeinen unbestrittenen Satz, daß nicht der Kläger die Abwesenheit aller möglichen Hindernisse der Entstehung des von ihm geltend gemachten Rechts, sondern der Beklagte das Vorhandensein eines solchen Hindernisses beweisen muß, hat man sich in früherer Zeit und selbst noch in neuerer Zeit damit zu helfen gesucht, daß man den Begriff der rechtlichen Vermuthung (praesumtio juris) einmischte. Man behauptete, daß eine Vermuthung für die Handlungsfähigkeit, für die Verkehrsfähigkeit, für die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung, für die Fehlerfreiheit des Besitzes u. s. w. spreche. Dies sollte der Grund sein, warum in den angegebenen Beziehungen nicht dem Kläger der Beweis, sondern dem Beklagten der Gegenbeweis obliege.

Um die Unhaltbarkeit dieser Erklärungsweise zu erkennen, braucht man sich nur von dem wahren Begriffe der Vermuthungen Rechenschaft zu geben. Das römische Recht versteht darunter einen Schluß von einer Thatsache auf eine andere. „Eine Partei," sagt Unger,[1]) „welche dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit ihrer prozessualischen Behauptung verschaffen will, kann dies auf zweifache Weise thun. Sie beweist entweder geradezu den Inhalt ihrer Behauptung, die beweisbedürftige Thatsache selbst, oder sie beweist eine andere Thatsache, von welcher ein Schluß auf die Wahrheit der eigentlich zu beweisenden Thatsache gezogen werden kann." „Der Beweis," sagt Windscheid[2]) übereinstimmend, „kann unter Anderem auch geführt werden durch Verweisung auf Schlüsse aus anderen feststehenden Thatsachen, in welchem Falle man von einem indirecten (künstlichen) oder Vermuthungsbeweise spricht."

Es handelt sich also bei den Vermuthungen nicht um die Beweis-

---

[1]) Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II § 130.

[2]) Pandektenr. Bd. II § 133. 2 a. Vgl. auch Burckhard Präsumtionen, 1866.

last, sondern um die Art der Beweisführung. Eine Vermuthung ändert nichts an der Beweislast als solcher, sie überträgt dieselbe nicht von der einen Partei auf die andere, sondern sie gestattet dem Beweispflichtigen nur, anstatt der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu beweisen. Sie befreit nicht vom Beweise, sondern erleichtert ihn nur.

Folgende Beispiele mögen zur Erläuterung des Gesagten dienen. Wenn ein Kind im siebenten Monat der Ehe geboren ist, so begründet dies einen gesetzlichen Schluß auf die eheliche Geburt des Kindes bis zum Beweise des Gegentheils.[1]) Wenn der Gläubiger den Schuldschein zurückgegeben oder vernichtet hat, so wird unter Vorbehalt des Gegenbeweises angenommen, daß die Schuld bezahlt oder erlassen sei.[2]) Von einer Befreiung vom Beweise ist hier keine Rede. Wer die eheliche Geburt behauptet, hat sie auch zu beweisen. Da aber ein directer Beweis schwierig sein würde, so erklärt das Gesetz es für genügend, wenn auch nur der Beweis erbracht wird, daß das Kind im siebenten Monat der Ehe geboren sei. Der Schuldner ferner, welcher behauptet, daß die Schuld bezahlt sei, ist zum Beweise seiner Behauptung verbunden. Er kann jedoch diesen Beweis auf zweifache Art führen, entweder direct, indem er geradezu die behauptete Zahlung nachweist, oder indirect, indem er beweist, daß der Gläubiger ihm den Schuldschein zurückgegeben oder denselben vernichtet habe.

Mit dem so eben entwickelten Begriffe der Vermuthungen ist nun die Ansicht, daß es Thatsachen gebe, die ohne Weiteres vermuthet würden, so daß sie gar keines Beweises, weder eines directen noch indirecten, bedürften, unvereinbar. Derartige Vermuthungen sind weder in den Gesetzen noch in der Natur der Sache begründet. Was insbesondre die angebliche Vermuthung für die Handlungs- und die Verkehrsfähigkeit betrifft, so handelt es sich hierbei gar nicht um Thatsachen, sondern um Rechtsbegriffe. Die Handlungsfähigkeit ist eine rechtliche Eigenschaft, die den Personen zukommt, soweit sie ihnen nicht aus besonderen Gründen abgesprochen ist, und die Handlungsunfähigkeit muß bewiesen werden, nicht weil eine Vermuthung gegen sie spräche, sondern weil sie eine Ausnahme von der Regel bildet. Ebenso ist die Verkehrsfähigkeit eine Eigenschaft, die den Sachen der Regel nach zukommt, weshalb die

---

[1]) l. 12 D. de statu hom. 1, 5.

[2]) l. 14 C. de sol. 8, 43; l. 24 D. de prob. 22, 3.

Verkehrsunfähigkeit als die Ausnahme thatsächlich begründet und nachgewiesen werden muß. Nicht anders verhält es sich mit den angeblichen Vermuthungen für die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung und für die Fehlerfreiheit des Besitzes. Auch hier handelt es sich nur um allgemeine Regeln, die so lange zur Anwendung kommen, bis eine Thatsache bewiesen ist, auf die eine Ausnahmebestimmung anwendbar ist. Vgl. §§ 12—16.

Uebrigens habe ich gefunden, daß Gesetzgeber wie Schriftsteller nicht selten von Vermuthungen reden, während sie in der That das Verhältniß der Regel zur Ausnahme im Sinne haben, so daß man sagen kann, es liege nur eine unrichtige Ausdrucksweise vor. So heißt es z. B. in Thl. I Tit. VIII § 5 des Preuß. Landrechts: „Daß eine Sache, die an sich ein Gegenstand des Eigenthums sein kann, vom gemeinen Privatverkehr ausgenommen sei, wird nicht vermuthet." Dies wird von Dernburg[1]) in zutreffender Weise dahin erläutert: „Die an sich beherrschbaren Objecte der Außenwelt sind der Regel nach befähigt, im Privateigenthume der Individuen zu stehen. Daß sie demselben entzogen seien, ist daher nicht zu vermuthende Ausnahme." In Th. L. Helmolt's Habilitationsschrift „Klagableugnung und Einrede" ferner wird S. 25 eine Reihe von Vermuthungen (für die Freiheit, für die Rechtmäßigkeit eines Zustandes u. s. w.) aufgestellt, während diese angeblichen Vermuthungen später, S. 33, ganz richtig auf das Verhältniß der (gesetzlichen) Regel zur (gesetzlichen) Ausnahme zurückgeführt werden.

§ 21. Rechtsvernichtende Thatsachen.

Steht einem rechtserzeugenden Thatbestande keine rechtshindernde Thatsache entgegen und kommt daher ein Rechtsverhältniß zu Stande, so bedarf es zur Erhaltung desselben keiner neuen Thatsachen. Ein einmal entstandenes Rechtsverhältniß besteht so lange fort, bis eine rechtsvernichtende Thatsache eintritt. Dies ist ein unzweifelhafter Satz des materiellen Rechts, das für die verschiedenen Arten der Rechtsverhältnisse, für das Eigenthum, für die Dienstbarkeiten, die Pfandrechte, die Forderungsrechte u. s. w. die ihnen eigenthümlichen Entstehungs- und Aufhebungsgründe festsetzt und schon damit indirect ausspricht,

---

[1]) Lehrb. d. preuß. Privatr. Bd. I § 67 S. 116.

daß ein jedes Rechtsverhältniß bis zum Eintritt eines gesetzlich anerkannten Aufhebungsgrundes fortbesteht.

Die Gründe, wodurch ein Rechtsverhältniß aufgehoben werden kann, sind von sehr verschiedener Art. Einem Rechtsverhältniß kann gleich bei seiner Entstehung eine zeitliche Grenze gesetzt sein oder es können spätere Ereignisse seine Existenz aufheben. Im ersteren Falle bildet die Bestimmung, wodurch die Dauer des Rechtsverhältnisses begrenzt ist, in Verbindung mit dem nachfolgenden Zeitablaufe den rechtsvernichtenden Thatbestand. Die Aufhebung kann ferner nicht bloß durch s. g. positive Thatsachen (durch Handlungen oder sonstige Ereignisse), sondern auch durch s. g. negative Thatsachen (durch eine Unterlassung, durch den Nichteintritt eines Ereignisses) herbeigeführt werden. Beispiele der letzteren Art sind: Aufhebung eines Rechtsverhältnisses in Folge des Eintritts einer negativen Resolutivbedingung, Untergang einer Dienstbarkeit durch Nichtübung (non-usus) während der Verjährungszeit.

Wollte man nun vom Kläger den Beweis der gegenwärtigen Fortdauer seines Rechts verlangen, so müßte er, um diesem Verlangen zu entsprechen, den Beweis führen, daß seit der Entstehung seines Rechts keine von allen im gegebenen Falle irgend denkbaren rechtsvernichtenden Thatsachen vorgekommen sei. Einer solchen Beweisführung, von der man wohl sagen kann, daß sie die menschlichen Kräfte übersteige, ist der Kläger durch die Verhandlungsmaxime überhoben. Denn nach der oft erwähnten Regel quod non in actis, non est in mundo wird, auch ohne Beweisführung von Seiten des Klägers, angenommen, daß rechtsvernichtende Thatsachen nicht vorgekommen seien, wenn nicht der Beklagte, wie es sein Interesse erfordert, eine rechtsvernichtende Thatsache vorbringt und im Bestreitungsfalle erweist (vgl. oben § 10 Ziff. 3).

Der Grundsatz, daß der Kläger nur die Entstehung seines Rechts zu beweisen braucht, wogegen dem Beklagten der Beweis der Aufhebung obliegt, ist unbestritten und findet in zahlreichen Entscheidungen der Quellen seine Bestätigung. Für die Obligationen wird er anerkannt in l. 1 C. de prob. 4, 19:

> Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet,

ferner in l. ult. C. de solut. 8, 43:

> Solutionem asseveranti probationis onus incumbit.

Für das Eigenthum findet sich derselbe Grundsatz ausgesprochen in l. 23 D. de rei vindicatione 6, 1:

In rem actio competit ei, qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit,

ferner in l. 16 C. de prob. 4, 19:

— unde domini facti sunt, emergente quaestione docere compelluntur,

ingleichen in l. 12 C. eod. Für das Pfandrecht endlich wird der gleiche Grundsatz anerkannt in l. 23 D. de prob. 22, 3.

Zur Rechtfertigung dieses Grundsatzes der Beweislast ist vielfach in älterer und neuerer Zeit die Behauptung aufgestellt worden, daß die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses, dessen Anfang erwiesen sei, vermuthet werden müsse.[1]) Von dieser angeblichen Vermuthung gilt dasselbe, was in § 20 von andern angeblichen Vermuthungen gesagt worden ist: sie widerspricht dem wahren Begriffe einer Vermuthung und ist weder in den Gesetzen noch in der Natur der Sache begründet, welche letztere bei der Wandelbarkeit aller menschlichen Verhältnisse eher für das Gegentheil sprechen müßte.[2]) Der wahre Grund, warum die Beweislast in der angegebenen Weise vertheilt ist, kann nur in der Verhandlungsmaxime erblickt werden, nach welcher jede Partei die für sie vortheilhaften Thatsachen, also der Kläger die rechtserzeugenden, der Beklagte die rechtsvernichtenden Thatsachen anzuführen und, falls sie des Beweises bedürfen, auch zu beweisen hat.

Daß aber ein einmal entstandenes Rechtsverhältniß so lange fortbesteht, bis ein rechtsaufhebender Umstand hinzukommt, hat seinen Grund in dem früher (§§ 9 und 10) besprochenen Wesen der Rechtsverhältnisse. Wie ein jedes Rechtsverhältniß das Erzeugniß einer Thatsache und eines auf sie anwendbaren Rechtssatzes, also der Combination eines thatsächlichen und eines juristischen Elementes ist, so kann auch sein Untergang nur durch eine gleiche Combination, also durch eine neue Thatsache und einen auf sie verwendbaren Rechtssatz herbeigeführt werden. Bis dahin erhält das Rechtsverhältniß vermöge seiner idealen Natur sich selbst. Sehr gut drückt dies Burckhard[3]) in folgenden Worten aus:

---

[1]) Dies ist noch von Puchta Pand. § 97 und Rudorff Vorlesungen Bd. I S. 207 gelehrt worden.

[2]) Reinhold i. d. Zeitschr. für Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII S. 36.

[3]) Präsumtionen S. 143, 144.

„Wie ein objectiver Rechtssatz, einmal entstanden, vermöge der ihm innewohnenden Kraft fortdauert, bis eine gleiche ihm entgegentretende Kraft ihn aufhebt, so bedarf das einmal existent gewordene subjective Recht für seine Fortdauer keiner besonderen Voraussetzungen, es hat eine Lebenskraft in sich, eine ideale von äußeren Bedingungen unabhängige Fortdauer; dieses ideale Individuum hört, einmal concret geworden, nie wieder auf, wenn ihm nicht gleich bei seiner Entstehung eine Grenze gesetzt ist oder spätere selbständige Ereignisse sein Dasein vernichten."

Schließlich ist noch zu gedenken, daß der Grundsatz, wonach von dem Kläger die rechtserzeugenden und von dem Beklagten die rechtsvernichtenden Thatsachen zu beweisen sind, auch in den Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich aufgenommen worden ist. Der erste Paragraph des zehnten Abschnittes, welcher vom Beweise handelt, § 193 lautet: „Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen zu beweisen. Wer die Aufhebung eines Anspruches — geltend macht, hat die Thatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung — erforderlich sind."

§ 22. Erfüllung. — Ist eine Rechtsverletzung Bedingung des Klagrechts?

„Die naturgemäße Aufhebungsart eines Schuldverhältnisses ist seine Erfüllung" [1]) (solutio). Aus der Eigenschaft der Erfüllung als einer rechtsvernichtenden Thatsache folgt aber, daß nicht der Kläger die Nichterfüllung, sondern der Beklagte die Erfüllung zu beweisen hat. Mit diesem in den Quellen wiederholt anerkannten, unbestrittenen Satze hängt die Streitfrage zusammen, ob zu den Bedingungen eines Klagrechts auch eine Rechtsverletzung gehöre. Diese Frage, deren schon in der Einleitung (§ 1) gedacht worden ist, wird meist in Verbindung mit der Lehre von der Verjährung behandelt, da die s. g. Nativität der Klage (actio nata) für den Beginn der Verjährung maßgebend ist, und hat eine umfangreiche Litteratur. Indessen dreht sich der Streit, namentlich was die Frage der Beweislast betrifft, weniger um die praktischen Resultate, als um die theoretische Begründung derselben. Ich glaube daher, mich bei der Besprechung dieser Frage kurz fassen zu dürfen, und bemerke noch, daß ich mich dabei hauptsächlich der Dar-

---

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. II § 341 Ziff. 3.

stellung Windscheid's (Pandektenr. Bd. I § 107) bediene, die mir als die einfachste und sachgemäßeste erscheint, gleichzeitig aber auch die von Unger (Syst. d. österr. allgemein. Privatr. Bd. II § 116) aufgestellten Gesichtspunkte berücksichtige.

Man muß hier zunächst zwischen dinglichen und persönlichen Klagen unterscheiden.

Das Wesen eines dinglichen Rechts besteht in der (totalen oder partiellen) Herrschaft über eine Sache. Solange nun Niemand diese Herrschaft stört, hat der Berechtigte das, was er kraft seines dinglichen Anspruchs verlangen kann. Worauf sollte er also klagen und gegen wen? Erst wenn von Jemandem eine Störung ausgeht, erwächst dem dinglich Berechtigten ein Klagrecht gegen eine bestimmte Person auf eine bestimmte Leistung. Erst dann erwächst aus dem dinglichen Recht die rei vindicatio gegen den, der dem Eigenthümer den Besitz der Sache vorenthält, die actio negatoria gegen den, der in anderer Weise auf die Sache einwirkt oder den Eigenthümer in der Ausübung seines Rechts hindert, die actio confessoria gegen den, der den Berechtigten in der Ausübung der Dienstbarkeit hindert oder dieselbe bestreitet. Weitere Klagen dieser Gattung sind die pignoratitia in rem actio, die hypothecaria actio, die hereditatis petitio.

Es bedarf hiernach keiner besonderen Ausführung, daß bei allen dinglichen Klagen die Behauptung einer Rechtsverletzung zum prozessualischen Klaggrunde gehört. Zur Begründung einer rei vindicatio gehört daher außer den erforderlichen Nachweisen über den Erwerb des Eigenthums (z. B. durch Kauf und Tradition, durch Accession, durch Ersitzung) auch noch die Behauptung, daß der Beklagte gegenwärtig, d. h. zur Zeit der Klagerhebung die Sache besitze. Zur Begründung einer actio negatoria ferner gehört außer den auf den Eigenthumserwerb bezüglichen Angaben auch noch das Anführen, daß und in welcher Weise der Beklagte auf die Sache eingewirkt oder den ~~Beklagten~~ in der Ausübung seines Eigenthumsrechts gestört habe.

Bei den persönlichen Ansprüchen aber kommt es darauf an, ob der Anspruch auf eine negative Leistung, ein Unterlassen, oder auf eine positive Leistung, ein Thun, wozu auch ein Geben gehört (dare, facere), gerichtet ist. Im ersteren Falle gilt von dem persönlichen Anspruche dasselbe, was von dem dinglichen Anspruche gilt: er ist befriedigt, solange nicht etwas geschieht, wodurch er verletzt wird. Zum

Klaggrunde gehört hier also außer dem Thatbestande, auf dem die Verpflichtung beruht, noch die Thatsache, daß der Beklagte seiner Verpflichtung zuwidergehandelt hat.

Uebrigens sind die Fälle, in denen eine Obligation auf ein Nichtthun gerichtet ist, verhältnißmäßig selten. Die quellenmäßigen Beispiele sind in Savigny's Obligationenenrecht Bd. I S. 296, 297 zusammengestellt. Weitere dort angeführte Beispiele sind die dem deutschen Rechte angehörigen Bannrechte und der Fall, wenn ein Gewerbtreibender, der die Concurrenz eines Andern in derselben Stadt fürchtet, sich von diesem versprechen läßt, das Gewerbe in dieser Stadt niemals treiben zu wollen.

Bei Weitem wichtiger und häufiger sind die auf eine positive Leistung, auf ein Thun gerichteten Obligationen. Bei diesen ist actio nata, sobald die Leistung fällig ist, also, wenn eine Erfüllungszeit festgesetzt ist, mit dem Eintritte dieses Zeitpunktes, außerdem sogleich mit der Entstehung der Forderung (quod sine die debetur, statim debetur). Einer besonderen Rechtsverletzung, etwa einer ausdrücklichen Weigerung von Seiten des Schuldners oder einer erfolglosen Mahnung von Seiten des Gläubigers, bedarf es hier nicht. Die Rechtsverletzung liegt vielmehr schon in der Nichterfüllung der positiven Leistung, in der Nichtbefriedigung des Gläubigers. Da aber die Nichterfüllung hier gleichbedeutend ist mit dem Fortbestehen der Obligation und nach den früheren Ausführungen nicht das Fortbestehen eines Rechtsverhältnisses, sondern dessen Aufhebung Gegenstand der Behauptungs- und Beweislast ist, so hat nicht der Gläubiger die Nichterfüllung, sondern der Schuldner die Erfüllung als rechtsvernichtende Thatsache darzuthun.

Hiernach trete ich der Meinung bei, nach welcher zu den Voraussetzungen eines Klagrechts auch eine Rechtsverletzung gehört.[1]) „Ein Recht, sich zu beklagen und den Staat um Hülfe anzurufen, kann Niemandem zugestanden werden, der nicht Unrecht erlitten hat.“ [2]) Verletzt

---

[1]) Diese Meinung wird namentlich vertreten von Savigny Syst. d. heut. röm. R. Bd. V §§ 239—241 S. 280—312, Puchta Pand. (2. Ausg.) § 81 S. 114, Windscheid Pandektenr. Bd. I § 107. Anderer Meinung sind Thon i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. III S. 1 fg., Lenz Studien und Kritiken Nr. 4, Vangerow im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXXIII S. 12 fg., Pand. § 147, Unger Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II § 116.

[2]) Windscheid Pand. Bd. I § 44 Note 4.

ist aber ein Recht, sobald demselben der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten nicht entspricht. Verletzend ist also, wenn, wie bei dinglichen Rechten und Obligationen auf eine negative Leistung, die Verpflichtung in einem Nichtthun besteht, ein ihr zuwiderlaufendes Thun und, wenn, wie bei den meisten Obligationen, die Verpflichtung auf ein Thun gerichtet ist, ein ihr zuwiderlaufendes Thun. Im letzteren Falle bedarf aber die Rechtsverletzung keines Beweises, weil sie mit der Fortdauer des Rechtsverhältnisses zusammenfällt.

Als Curiosum sei hier noch die von H. Gerber[1]) aufgestellte und von Maxen[2]) vertheidigte Ansicht erwähnt, daß es Obligationen auf eine negative Leistung nicht gebe. Gerber meint (S. 37), das Unterlassen von Handlungen, zu denen man berechtigt sei, komme nur als Merkmal freiwilligen Aufgebens von Rechten in Betracht. In den fraglichen Fällen bestehe der Inhalt der Obligation darin, daß man sich verpflichte, auf die Ausübung eines Rechts, sobald man in der Lage sein würde, selbige vorzunehmen, zu Gunsten des Forderungsberechtigten, wenn er es wolle, Verzicht zu leisten (S. 38).

So verhält sich aber die Sache keineswegs. Zwar kann man zugeben, daß das Versprechen, gewisse Handlungen zu unterlassen, nur dann eine Bedeutung hat, wenn eine Berechtigung zur Vornahme jener Handlungen bestand. In Berücksichtigung dessen kann man hier auch von der Verzichtleistung auf ein Recht sprechen. Aber das Versprechen, eine Handlung zu unterlassen, erzeugt nicht erst eine Verpflichtung zum Verzichtleisten, sondern es liegt darin schon der Verzicht auf die Vornahme der Handlung. Die Verpflichtung aber, die daraus entspringt, geht dahin, sich vorkommenden Falles dem geleisteten Verzichte gemäß zu verhalten oder, was hier dasselbe ist, das gegebene Versprechen durch Unterlassung der fraglichen Handlung zu erfüllen.

Wäre der Inhalt der Verpflichtung der von Gerber angegebene, so müßte dem entsprechend auch die Klagbitte darauf gerichtet werden, den Beklagten für schuldig zu erachten, daß er vorkommenden Falles auf Verlangen des Klägers zu dessen Gunsten auf die Ausübung des ihm, dem Beklagten, zustehenden Rechts Verzicht leiste. Ueber eine solche

---

[1]) Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast, 1858, S. 36 fg.
[2]) Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 200 fg.

Klagbitte würde jeder Rechtsanwalt oder Richter von einiger Erfahrung den Kopf schütteln, denn was ist dem Kläger mit einer bloßen Verzichtleistung von Seiten des Beklagten geholfen? Gesetzt, der Beklagte würde der Klagbitte gemäß verurtheilt und leistete auch feierlichst den ihm auferlegten Verzicht, handelte aber gleich darauf dem geleisteten Verzichte zuwider, müßte da nicht der Kläger von Neuem klagen? Das gäbe eine Schraube ohne Ende. Soll die Klagbitte und die ihr entsprechende Verurtheilung einen vernünftigen Sinn und einen praktischen Erfolg haben, so muß sie dahin formulirt werden, daß dem Beklagten richterlich aufgegeben werde, sich der in Frage stehenden Handlungen in Zukunft zu enthalten und zwar bei einer namhaften Strafe für jeden Zuwiderhandlungsfall. So ungefähr muß die Klagbitte lauten, damit auf Grund derselben und einer ihr entsprechenden rechtskräftigen Verurtheilung alsbald die Zwangsvollstreckung erfolgen könne.

Sollten übrigens Gerber und Maxen, wie es fast den Anschein hat, unter dem Verzichtleisten nicht eine Verzichtserklärung, sondern ein thatsächliches Aufgeben der — die Ausübung eines Rechts enthaltenden — Handlung verstehen, so würde die vermeintliche große Entdeckung auf eine leere Wortspielerei hinauslaufen, denn das thatsächliche Aufgeben einer Handlung ist ja völlig gleichbedeutend mit dem Unterlassen derselben.

§ 23. Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Wer auf Grund eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, wie Kauf, Tausch, Miethe, als Gläubiger auf Erfüllung klagt, bekennt damit zugleich, daß er auch Schuldner geworden ist. Sofern nun nicht durch Gesetz oder Verabredung eine bestimmte Reihenfolge in der Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen vorgeschrieben ist, fordert Jeder etwas Unbilliges, der seine Forderung geltend macht, bevor er seinerseits erfüllt hat. Dem Beklagten steht daher in einem solchen Falle das Recht zu, die Leistung bis zur Erfüllung von Seiten des Klägers zurückzubehalten.

Dieser an sich sehr einfache Rechtssatz ist häufig mißverstanden worden, wodurch eine umfangreiche Litteratur hervorgerufen worden ist.

Man nahm lange Zeit an, daß es sich hier nicht um eine Einrede, sondern um eine Verneinung des Klaggrundes handle. Dabei ging

man von der Ansicht aus, die Behauptung, daß Kläger erfüllt habe, oder doch wenigstens ein Erbieten des Klägers zur sofortigen Erfüllung seiner Obliegenheiten sei schon zur Begründung der Klage erforderlich. Diese Ansicht ist vollständig aufgegeben. Man ist gegenwärtig darüber einig, daß zur Begründung der Klage die Darlegung des dem zweiseitigen Schuldverhältniß zu Grunde liegenden Vertrags genügt, und daß es Sache des Beklagten ist, seinen Anspruch auf die Gegenleistung mittels einer Einrede geltend zu machen. Diese Einrede ist eine Retentionseinrede wegen eines connexen Gegenanspruchs und wird von den Römern als eine exceptio doli, von den Neueren als exceptio non adimpleti contractus bezeichnet. Zur Rechtfertigung derselben bedarf es nur der Bezugnahme auf das schon in der Klage dargelegte Rechtsgeschäft, aus welchem sich zugleich mit dem Anspruche des Klägers auch der Gegenanspruch des Beklagten ergiebt. Die Nichterfüllung ist, da sie mit dem Fortbestehen des Gegenanspruchs zusammenfällt, nicht Gegenstand der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit des Beklagten, vielmehr hat der Kläger die Erfüllung als rechtsvernichtende Thatsache zu behaupten und nachzuweisen, aber nicht, wie man früher annahm, behufs der Begründung seiner Klage, sondern behufs der Begründung einer Replik, die zur Beseitigung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags dient.

Ein weiteres Mißverständniß, das viel Verwirrung angerichtet hat, ist die Annahme einer von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags verschiedenen Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (exceptio non rite impleti contractus). Nicht wenige Juristen behaupteten nämlich, die erstere Einrede finde nur in den Fällen statt, wo entweder gar nicht oder quantitativ nicht vollständig erfüllt worden sei, wogegen bei qualitativen Mängeln der Leistung die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags stattfinde und die Beweislast den Beklagten treffe. Auch diese Ansicht ist als unrichtig aufgegeben. Man ist heutzutage darüber einverstanden, daß nur dann erfüllt ist, wenn die Leistung in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht dem Umfange der Verpflichtung entspricht, und daß daher eine mangelhafte Leistung der Nichterfüllung gleich steht. Der Gläubiger kann nach dem allgemeinen Grundsatze, daß die Erfüllung als rechtsvernichtende Thatsache vom Schuldner bewiesen werden muß, auch eine qualitativ mangelhafte Leistung zurückweisen, ohne daß er den Beweis der Mangelhaftigkeit zu führen braucht.

Anders verhält sich jedoch die Sache, wenn der Gläubiger die Leistung ihrer mangelhaften Beschaffenheit ungeachtet angenommen, und zwar im Rechtssinne angenommen, nicht bloß factisch aufgenommen hat, wenn er z. B. darüber verfügt hat. Durch die Annahme hat der Gläubiger zu erkennen gegeben, daß in der Hauptsache erfüllt sei. Damit ist er aber des Rechts, seinerseits die Erfüllung zu verweigern, verlustig gegangen, m. a. W. ihm steht nicht mehr die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu. Dagegen bleiben ihm alle sonstigen Rechte, also der Anspruch auf Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung des Vertrags, die actio und exceptio quanti minoris oder redhibitoria wegen verborgener Mängel. Aber ihn trifft hier die Beweislast nach den für die gedachten Ansprüche, mögen sie nun auf dem Klagwege oder einredeweise verfolgt werden, geltenden Grundsätzen.

Das zuletzt Gesagte bezieht sich aber nur auf den Fall einer qualitativ mangelhaften Leistung, nicht auf den Fall einer quantitativ unvollständigen Leistung. Im letzteren Falle kann der Beklagte, auch wenn er die Leistung angenommen hat, die Gegenleistung retiniren, bis der Kläger das Fehlende noch geleistet hat. Wenn z. B. der Käufer den Kaufpreis nicht vollständig gezahlt hat, so kann der Verkäufer als Beklagter den Kaufgegenstand bis zur Nachzahlung des Kaufgelderrestes zurückbehalten.

Die im Vorstehenden entwickelte Theorie ist gegenwärtig die herrschende.[1]) Mit ihr stimmen die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (Bd. II S. 182, Bd. IV S. 341, Bd. VII S. 236, Bd. VIII S. 224, Bd. IX S. 29, Bd. XII S. 118) vollständig überein. Ebenso stehen damit die einschlagenden Bestimmungen des Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich in Einklang. § 366 lautet: Wer aus einem gegenseitigen Vertrage die ihm gebührende Leistung einklagt, hat erst dann, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung noch nicht bewirkt habe, zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen, daß er die ihm obliegende Leistung bewirkt habe. In § 367 heißt es weiter: Hat ein Vertragschließender

---

[1]) Puchta Pand. § 232, Vorles. Bd. II S. 28, Arndts Pand. § 234, Unger Syst. des österr. allgem. Privatr. Bd. II § 123, Windscheid Pandektenr. Bd. II § 321. Die unrichtige Ansicht ist in der neuesten Zeit noch von Schmid Handb. d. Civilproz. Bd. II § 95 S. 8 und H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde S. 156 fg. vertreten worden.

die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so kann er auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung nicht wegen Nichterfüllung des Vertrages die Gegenleistung verweigern, sondern nur noch die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen. Auch ist er in Ansehung der behaupteten Mangelhaftigkeit beweispflichtig.

Das Ergebniß läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

1. Zur Begründung der Klage aus dem gegenseitigen Schuldverhältniß ist die Behauptung, daß Kläger erfüllt habe, nicht erforderlich.

2. Der Beklagte kann aber die Leistung bis zur Erfüllung der Gegenleistung zurückbehalten und hat dies mittels der Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend zu machen.

3. Diese Einrede steht dem Beklagten auch in dem Falle zu, wenn die vom Kläger bewirkte Gegenleistung quantitativ oder qualitativ mangelhaft war.

4. Der Kläger hat der gedachten Einrede gegenüber die Replik der Erfüllung vorzubringen und im Bestreitungsfalle zu beweisen.

5. Hat aber der Beklagte die ihm vom Kläger angebotene qualitativ mangelhafte Gegenleistung angenommen, so kann er seinerseits die Leistung nicht mehr verweigern, sondern nur noch seine sonstigen Ansprüche wegen der Mängel der Gegenleistung geltend machen.

Die vorstehenden allgemeinen Grundsätze finden insbesondere auch auf den Kauf nach Probe oder Muster Anwendung. Bei diesem Kaufe gelten nach Art. 340 des Handelsgesetzbuchs und § 470 des Entw. eines bürgerl. GB. die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert, und es hat daher der Verkäufer gegenüber der Einrede des nicht erfüllten Vertrages den Replikbeweis zu führen, daß die von ihm gelieferte Waare die zugesicherten Eigenschaften besitze, d. h. daß sie der Probe oder dem Muster gemäß sei. Hat jedoch der Käufer die ihm gelieferte Waare angenommen und damit die Probemäßigkeit derselben anerkannt, so kehrt sich die Beweislast um und es ist nun an ihm, die Probewidrigkeit der Waare zu behaupten und darzuthun.

§ 24. Verzug, gesetzliches Rücktrittsrecht bei der Sachmiethe und der Emphyteuse.

Bei der zahlreichsten und wichtigsten Klasse der Schuldverhältnisse, nämlich bei allen denjenigen, die auf eine positive Leistung (auf ein

Geben oder Thun, dare, facere) gerichtet sind, wird durch die Erfüllung das Schuldverhältniß getilgt. Daher hat hier nicht der Gläubiger die Nichterfüllung, sondern der Schuldner die Erfüllung darzuthun (§§ 21, 22). In vielen Fällen sind nun aber durch Gesetz oder Vertrag an die Nichterfüllung noch besondere, für den Gläubiger vortheilhafte, für den Schuldner nachtheilige Folgen geknüpft. Es fragt sich: Greift auch in diesen Fällen die obige Regel Platz, oder ist nicht vielmehr die Nichterfüllung, insofern sich besondere rechtliche Folgen an sie knüpfen, als rechtserzeugende Thatsache Gegenstand der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit?

Um diese Frage beantworten zu können, ist es nothwendig, die Folgen der Nichterfüllung einer Schuldverbindlichkeit etwas näher in's Auge zu fassen. Die regelmäßige gesetzliche Folge ist die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesse. Diese Verpflichtung tritt jedoch erst im Falle einer rechtswidrigen Verzögerung der Leistung (Verzug, mora) ein, und diese setzt außer Nichterfüllung auch noch eine Mahnung (interpellatio) seitens des Gläubigers voraus, es sei denn, daß ein Kalendertag als Zeit der Leistung bestimmt worden wäre, in welchem Falle es einer Mahnung nicht bedarf (dies interpellat pro homine).[1])

Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß zur Begründung der gesetzlichen Folgen des Verzugs, insbesondere zur Rechtfertigung des Anspruchs auf Verzugszinsen, nur die Mahnung oder die Festsetzung eines Zahlungstermins, nicht aber auch die Nichterfüllung behauptet und bewiesen werden muß. Der durchschlagende Grund ist auch hier, daß die Nichterfüllung das Fortbestehen des Rechtsverhältnisses zur Folge hat und daß nach der generellen Regel nicht das Fortbestehen, sondern die Aufhebung des Rechtsverhältnisses Gegenstand der Behauptungs- und Beweislast ist. Beweist nun der Beklagte eine Thatsache, wodurch die Hauptforderung getilgt wurde, z. B. die Erfüllung, so ist damit zugleich die Grundlosigkeit der Nebenforderung dargethan (vorausgesetzt natürlich, daß jene Thatsache vor der Mahnung oder dem festgesetzten Kalendertage eintrat).

Weitere gesetzliche Folgen der Nichterfüllung kommen bei der Sach-

---

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. II § 278. Vgl. auch Entw. eines bürgerl. GB. § 245 Abs. 2.

miethe und der Emphyteuse vor. Bei der Sachmiethe ist in dem Falle, wenn der Miether mit dem Miethzins zwei Jahre im Rückstand bleibt, der Vermiether berechtigt, vor Ablauf der Miethzeit einseitig von dem Vertrage zurückzutreten. Bei der Emphyteuse steht dem Eigenthümer das Recht zu, den Emphyteuta auszutreiben, wenn dieser den Canon drei Jahre rückständig läßt.

Diese beiden Fälle unterscheiden sich von dem oben erwähnten Falle des Verzuges nur dadurch, daß es bei ihnen nicht, wie bei dem Verzuge, einer vorgängigen Mahnung bedarf. Dagegen liegt auch hier in Gemäßheit des allgemeinen Grundsatzes, wonach der Gläubiger nur die Entstehung der Forderung und der Schuldner deren Tilgung nachzuweisen hat, nicht dem Gläubiger der Beweis der Nichtzahlung, sondern dem Schuldner der Beweis der Zahlung ob.

Anders ist der Fall zu beurtheilen, wenn das Revocationsrecht auf den Mißbrauch der in Miethe oder Emphyteuse gegebenen Sache gestützt wird. Hier hat nicht, wie Maxen[1]) irrthümlich annimmt, der Beklagte die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, nämlich die ordnungsmäßige Behandlung der Sache, sondern der Kläger das Zuwiderhandeln gegen die Verpflichtung, also den Mißbrauch der Sache zu beweisen. Denn hier führt nicht, wie in den obigen Fällen, die Erfüllung den Untergang des Schuldverhältnisses herbei, es trifft hier also der Grund nicht zu, aus welchem dort nicht der Gläubiger die Nichterfüllung, sondern der Schuldner die Erfüllung zu beweisen hat. Demzufolge muß hier die Rechtsverletzung, nämlich der Mißbrauch der Sache behauptet und nachgewiesen werden.[2])

§ 25. Conventionalstrafe, vertragsmäßiges Rücktrittsrecht und cassatorische Clausel.

Anstatt der gesetzlichen Folgen der Nichterfüllung oder neben denselben können auch vertragsmäßig an den Fall der Nichterfüllung gewisse für den Gläubiger vortheilhafte, für den Schuldner nachtheilige Folgen geknüpft werden. Die wichtigsten sind:

---

[1]) Beweislast, Einreden u. s. w. S. 215.

[2]) Vgl. Unger Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II § 129 S. 567 Note 31 am Schlusse.

1. eine Strafe, die der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger verspricht (Conventionalstrafe),

2. das dem Gläubiger vorbehaltene Recht, im Falle der Nichterfüllung von einer ausbedungenen Kündigungsfrist oder einem festgesetzten Zahlungstermine abzusehen (s. g. clausula cassatoria),

3. das dem Gläubiger für den gleichen Fall vorbehaltene Recht, vom Vertrage zurückzutreten (lex commissoria).

Alle diese Verträge sind Nebenverträge (pacta adjecta) und erzeugen keine selbständigen Forderungen, sondern bloße Nebenforderungen, Modifikationen der ursprünglichen Forderung. Das Schicksal der Hauptforderung ist aber auch für die Nebenforderungen oder Modifikationen maßgebend, diese stehen und fallen mit jener. Wie nun der Gläubiger, wenn er die Hauptforderung einklagt, nicht deren Nichterfüllung nachzuweisen hat, so hat er auch, wenn er von dem ihm im Nebenvertrage eingeräumten Rechte Gebrauch macht, nicht nöthig, zu beweisen, daß die Hauptforderung nicht erfüllt sei. Läßt der Schuldner die Hauptforderung bestehen, anstatt sie durch Erfüllung zu tilgen, so modificirt sich dieselbe ohne Weiteres in Gemäßheit des Nebenvertrags und nur dieser bildet den Klaggrund für die Nebenforderung, wie der Hauptvertrag den Klaggrund für die Hauptforderung bildet.

Gehen wir nunmehr auf die einzelnen Nebenverträge ein, so ist zu 1 die Conventionalstrafe im Zweifel als eine Schätzung des Interesse anzusehen. Wie nun zur Begründung des gesetzlichen Anspruchs auf das Interesse außer der Hauptforderung nur die Mahnung bewiesen zu werden braucht, so braucht zur Begründung des Anspruchs auf die Conventionalstrafe außer der Hauptforderung nur der Nebenvertrag bewiesen zu werden. Indessen gilt dies nur von den auf eine positive Leistung, ein Thun gerichteten Obligationen, die übrigens die bei Weitem häufigste und wichtigste Klasse bilden (s. oben § 22). Ist dagegen ein Nichtthun Object der Verpflichtung, so gehört, wie wir früher (§ 22) gesehen haben, ein der Verpflichtung zuwiderlaufendes Thun zum rechtserzeugenden Thatbestande, und es muß daher ein solches Thun des Beklagten zur Begründung des Hauptanspruchs sowohl, als des Nebenanspruchs nachgewiesen werden.

Damit stimmt der Entw. eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich überein. § 425 nämlich lautet: „Wird die Strafe gefordert, weil die in einem Thun bestehende Hauptleistung nicht oder nicht in

der bestimmten Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit bewirkt ist, so liegt dem Schuldner der Beweis ob, daß die Leistung dem Vertrage gemäß bewirkt ist." Aus der Fassung dieses Paragraphen ergiebt sich zugleich mit Evidenz, daß im entgegengesetzten Falle, also wenn die Verpflichtung in einem Nichtthun besteht, dem Kläger der Beweis einer Zuwiderhandlung des Beklagten obliegt.

Zu 2. Die kassatorische Clausel kommt besonders häufig bei Darlehnsgeschäften vor als Nebenvertrag des Inhalts, daß, wenn die Zinsen nicht rechtzeitig bezahlt werden, der Gläubiger berechtigt sein soll, das Capital ohne vorgängige Kündigung und ohne Rücksicht auf die ausbedungene Kündigungsfrist sofort einzuklagen. Es bedarf keiner Ausführung, daß es sich auch hier nur um eine Modifikation der ursprünglichen Forderung handelt und daß daher hinsichtlich der Beweislast hier dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie bei der Conventionalstrafe.

Zu 3. Nicht anders liegt die Sache bei der lex commissoria. Zwar behauptet Bethmann-Hollweg: „Auch bei der Ausübung der lex commissoria des Kaufcontracts gründet sich der Kläger auf eine Negative und muß sie beweisen, nämlich daß der Käufer in der bestimmten Frist nicht gezahlt habe. Denn dies ist die negative Bedingung, an welche das vertragsmäßige Revokationsrecht des Verkäufers geknüpft ist. Klagt er freilich auf Erfüllung, so muß er nur den Vertrag, der Käufer die solutio beweisen. Allein beide Wege können auch nicht combinirt werden." Diese Auffassung — zu der vielleicht l. 1 D. de lege commissoria 18, 3: magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur, Veranlassung gegeben — hat jedoch in der Theorie und Praxis keinen Eingang gefunden. Man hat dagegen mit Recht darauf hingewiesen, daß das pactum commissorium ein bloßer Nebenvertrag ist. Dieser Nebenvertrag erzeugt kein selbständiges, an eine negative Bedingung (die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit) geknüpftes Recht, vielmehr modificirt derselbe nur die ursprüngliche Obligation, indem er dem Verkäufer im unterstellten Falle das Recht giebt, nach seiner Wahl auf Erfüllung oder auf Rückgabe der Sache zu klagen. Wie nun der Verkäufer, wenn er auf Erfüllung klagt, nur den Abschluß des Kaufvertrages zu beweisen braucht, so braucht er auch, wenn

er auf Rückgabe der Sache klagt, nur den Kaufvertrag und das pactum adjectum, nicht die Nichterfüllung seitens des Käufers zu beweisen.

Diesen schon von Linde[1]) und Heffter[2]) geltend gemachten Gründen hat H. Gerber in einer behufs der Widerlegung der Bethmann-Hollweg'schen Ansicht verfaßten besonderen Schrift[3]) weitere Gründe beigefügt, die meines Erachtens nicht stichhaltig sind. So behauptet er u. A., daß in allen hier in Rede stehenden Fällen (§§ 24 und 25) an die Stelle der ursprünglichen (primären) Leistung eine andere (secundäre) als substituirte Ersatzleistung trete. Dies paßt jedoch nur auf den Fall der Leistung des Interesse und auf den Fall der Conventionalstrafe, nicht aber auf die Fälle, wo der Berechtigte nebst dem rückständigen Miethgelde die Aufhebung des Miethverhältnisses, nebst dem rückständigen Canon die Aufhebung der Emphyteuse, nebst der Nachzahlung der verfallenen Zinsen die sofortige Rückzahlung des Capitals oder endlich auf Grund der lex commissoria die Rückgabe der verkauften und bereits übergebenen Sache verlangt. Die Aufhebung des Contractsverhältnisses kann nicht als Ersatz für die Nichterfüllung oder die vermißte Rechtzeitigkeit der Erfüllung angesehen werden. Der Gläubiger, der in diesen Fällen die Aufhebung des Contractsverhältnisses fordert, will, wie Unger[4]) mit Recht bemerkt, dadurch nicht einen bereits erlittenen Schaden ausgleichen, sondern künftige, nach der bewiesenen Unpünktlichkeit wahrscheinliche Nachtheile und Weiterungen vermeiden.

Uebrigens ist bei dem pactum commissorium — das nach der richtigen Ansicht nicht bloß beim Kaufvertrage, sondern auch bei andern Verträgen vorkommen kann, wenn auch in dem Digestentitel de lege commissoria 18, 3 nur von dem Falle die Rede ist, wo dem Verkäufer das Rücktrittsrecht vorbehalten ist — ebenso, wie der Conventionalstrafe, zu unterscheiden, ob die Hauptverbindlichkeit auf ein Thun oder ein Nichtthun gerichtet ist. Nur im ersteren Falle bedarf die Nichterfüllung keines Beweises, weil sie gleichbedeutend ist mit dem Fortbestande des Schuldverhältnisses, im letzteren Falle dagegen muß ein Zuwiderhandeln des Verpflichteten behauptet und nachgewiesen

---

[1]) i. d. Zeitsch. f. Civilr. und Proz. Bd. I S. 144.

[2]) i. d. Zusätzen zu Weber Verbindlichkeit z. Beweisführung S. 237.

[3]) Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde S. 112 fg.

[4]) Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II § 129 Note 31a S. 568.

werden. Dem entsprechend bestimmt § 434 des Entw. eines bürgerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich: „Der Vertragschließende, welcher auf Grund des Vorbehaltes des Rücktrittsrechts vom Vertrage zurücktritt, hat diesen Vorbehalt zu beweisen. Wird das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung der in einem Thun bestehenden Verpflichtung des andern Theils geltend gemacht, so hat dieser die vertragsmäßige Bewirkung der Leistung zu beweisen."

§ 26. Unmöglichkeit der Leistung. — Zufall und Verschuldung.

Ist eine zu bewirkende Leistung unmöglich geworden, so kommt es darauf an, ob die Unmöglichkeit durch einen Zufall (casus) oder durch eine Verschuldung des Verpflichteten, sei es Vorsatz (Arglist, dolus) oder Fahrlässigkeit (culpa, negligentia) herbeigeführt worden ist. Im ersteren Falle ist der Verpflichtete frei, im letzteren hat er dem Berechtigten ein Geldäquivalent zu zahlen. Die unverschuldete Unmöglichkeit ist sonach ein Aufhebungsgrund des Rechtsverhältnisses. Da nun nicht das Fortbestehen eines Rechtsverhältnisses, sondern dessen Aufhebung Gegenstand der Anführungs- und Beweislast ist, so hat nicht der Gläubiger darzulegen, daß die Leistung in Folge einer Fahrlässigkeit des Schuldners unmöglich geworden sei, vielmehr ist es Sache des Schuldners, einredeweise auszuführen, daß die Leistung ohne sein Verschulden oder, was dasselbe ist, durch Zufall unmöglich geworden sei.

Der Miether eines Wagens z. B. ist nach beendigter Miethzeit verpflichtet, dem Vermiether nicht nur das ausbedungene Miethgeld zu zahlen, sondern auch den Wagen in demselben Zustande, in welchem er ihn empfangen, zurückzuliefern. Die letztere Verpflichtung versteht sich ohne besondere Verabredung von selbst, sie bildet eine s. g. naturale negotii. An dieser Verpflichtung wird nun dadurch, daß der Wagen in Folge einer Verschuldung des Miethers, sei es Arglist oder Fahrlässigkeit, beschädigt wird oder zu Grunde geht, nichts geändert: der Miether hat in diesem Falle den Wagen wiederherstellen zu lassen oder dem Vermiether ein Geldäquivalent zu leisten; seine Verpflichtung besteht also fort und wird nur der Sachlage entsprechend modificirt.

Anders verhält sich die Sache, wenn der Wagen ohne Verschulden des Miethers beschädigt oder zerstört worden ist. In diesem Falle muß der Vermiether den Schaden tragen (casum sentit dominus),

der Miether hat ihm nur dasjenige, was etwa vom Wagen noch übrig ist, zurückzugeben.

Die rechtserzeugende Thatsache ist also in diesem Falle nicht eine Verschuldung des Miethers, sondern der Miethvertrag. Auf Grund dieses Vertrags kann der Vermiether verlangen, daß der Miether ihm den Wagen nach gemachtem Gebrauche in unversehrtem Zustande zurückgebe oder, falls er dies nicht vermöchte, Schadensersatz leiste. Daran wird durch eine hinzukommende Verschuldung des Miethers nichts geändert. Aus diesem Grunde braucht der Vermiether nur die miethweise Ueberlassung des Wagens, nicht aber auch eine Verschuldung des Miethers zu beweisen. Eine Aenderung des Rechtsverhältnisses tritt nur ein, wenn der Wagen durch einen Unglücksfall eine Beschädigung erleidet oder zu Grunde geht. Die durch den Unglücksfall herbeigeführte Umöglichkeit der Rückgabe des Wagens in unversehrtem Zustande befreit den Miether von seiner Verbindlichkeit, sie ist die rechtsvernichtende Thatsache und muß als solche vom Miether dargethan werden. Natürlich ist es dem Vermiether unbenommen, den Beweis anzutreten, daß der Miether absichtlich oder fahrlässiger Weise den Wagen beschädigt oder zerstört habe, es ist dies aber kein ihm obliegender Beweis (weder Klagbeweis noch Replikbeweis), sondern ein Gegenbeweis (s. g. directer Gegenbeweis) gegen den vom Miether zu führenden Beweis eines Zufalls.

Das eben Gesagte findet auch auf alle Fälle Anwendung, wo Jemand zur Aufbewahrung oder Vorsorge (diligentia, custodia) verpflichtet ist, es gilt insbesondere auch für die Gebrauchsleihe (commodatum) [1]).

Damit steht der Entw. eines bürgerl. GB. ganz in Einklang. Die allgemeine Vorschrift in § 239 lautet: „Wird von dem Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung geltend gemacht, so hat er zu beweisen, daß die Leistung nicht in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist.“ In Betreff der Miethe heißt es in § 520: „Der Miether ist verpflichtet, die gemiethete Sache nach Ablauf der Miethzeit in demselben Zustande zurückzugeben, in welchem er die Sache empfangen hat; er haftet jedoch nicht wegen Veränderungen

---

[1]) Vgl. über das Bisherige Puchta Pand. § 267, Weber Verbindl. z. Beweisführung §§ 21—25, Windscheid Pand. Bd. II § 265 Ziff. 6.

und Verschlechterungen, welche durch den vertragsmäßigen Gebrauch, durch Alter oder durch einen anderen von ihm nicht zu vertretenden Umstand entstanden sind.“ Gleichlautend ist der von der Gebrauchsleihe handelnde § 554. Aus der Fassung der beiden letzten Paragraphen ergiebt sich deutlich, daß die Beweislast sich in Gemäßheit der allgemeinen Vorschrift des § 239 regelt.

§ 27. Verschuldung bei unerlaubten Handlungen.

Anders, als in Vertragsverhältnissen, vertheilt sich die Beweislast bei Klagen aus unerlaubten Handlungen (Delicten), was hier gleich im Anschlusse an § 26, wo von der Verschuldung in Vertragsverhältnissen die Rede war, erwähnt werden mag. Zum Begriffe eines civilrechtlichen Delicts ist erforderlich, daß die Handlung nicht bloß objectiv, sondern auch subjectiv widerrechtlich ist, und subjectiv widerrechtlich ist sie, wenn sie aus Vorsatz (dolus) oder aus Fahrlässigkeit (culpa) begangen worden ist. Während in Vertragsverhältnissen der Vertrag die rechtserzeugende Thatsache bildet, gehört bei unerlaubten Handlungen eine subjective Verschuldung zum rechtserzeugenden Thatbestande und somit auch zum Klaggrunde.

Die Vorsätzlichkeit einer Handlung kann nun nicht bloß auf indirectem Wege, durch Darlegung der äußeren Umstände, welche einen Schluß auf die Vorsätzlichkeit rechtfertigen, sondern auch direct und zwar durch Eidesantrag bewiesen werden.[1]) Dagegen kann der Beweis einer Fahrlässigkeit nur auf indirectem Wege geführt werden, denn die Frage, ob eine Fahrlässigkeit vorliege oder nicht, läßt sich regelmäßig nur auf Grund einer sorgfältigen Prüfung aller in Betracht kommenden äußeren Umstände beurtheilen.

Einige lehrreiche Beispiele finden sich in dem Digestentitel ad legem Aquiliam 9, 2, L. 9 § 4 daselbst behandelt den Fall, wenn Jemand bei einem Spiel den Sclaven eines Andern mit einem Wurfgeschoß tödtet. Die Klage soll ausgeschlossen sein, dafern der Sclave in dem Augenblick, als der Wurf erfolgte, unvermuthet auf dem Spielplatz erschien, es sei denn, daß mit Absicht nach ihm geworfen worden wäre. In l. 29 § 4 ferner ist von der Beschädigung eines Schiffes

---

[1]) Bülow Civilprozeßordnung zu § 410 S. 269 Anm. 3, Wilmowski und Levy Civilprozeßordnung (4. Aufl.) Bd. I zu § 410 S. 569 Anm. 1.

durch ein gegen dasselbe getriebenes anderes Schiff die Rede. Es soll keine Klage stattfinden, wenn der Zusammenstoß nicht durch ein Verschulden des Schiffers, sondern durch einen Sturm herbeigeführt worden war. In l. 52 § 4 endlich wird das Vorkommniß berichtet, daß bei einem Ballspiel Jemand unversehens gegen den Sclaven eines Andern anrannte, so daß der Sclave zu Falle kam und ein Bein brach. Die Entscheidung geht dahin, daß keine Klage gegeben sei, da keine Fahrlässigkeit, sondern ein Zufall vorzuliegen scheine.

Der Zweck der angeführten Stellen ist augenscheinlich, an Beispielen zu zeigen, wie vorsichtig der Richter bei der Beantwortung der Frage, ob die Beschädigung auf einem Verschulden des Beklagten beruhe, zu Werke gehen muß. Es sind hier ganz abgesehen von dem Falle, daß eine vorsätzliche Schadensstiftung vorliegt, drei Fälle denkbar: der Schaden kann 1. durch eine Fahrlässigkeit des Beklagten, 2. durch eine Fahrlässigkeit des Geschädigten selbst, 3. durch einen Zufall verursacht worden sein. Von diesen drei möglichen Fällen hat von vornherein jeder gleichen Anspruch auf Wahrscheinlichkeit, der Kläger hat daher den Nachweis zu führen, daß die Möglichkeiten unter 2 und 3 ausgeschlossen seien, dagegen der Fall unter 1 vorliege.

Ein merkwürdiges Mißverständniß ist es, wenn Gerber[1]) und Maxen[2]) die gedachten Stellen dahin auslegen, daß durch sie die Beweislast habe geregelt werden sollen. Und wie regelt sich nach der Ansicht der Genannten die Beweislast! Es soll genügen, wenn der Kläger anführt, daß der Beklagte des Klägers Sclaven todt geworfen oder daß des Beklagten Schiff unter seiner Leitung gegen das Schiff des Klägers getrieben worden sei und Schaden gestiftet habe. Diese Factoren sind nach Gerber's Ansicht „stark genug, um die Wirkung der Entschädigungsverbindlichkeit auf Grund der an und für sich zu Tage liegenden Culpositât auszuüben". „Um diese prozessualische Gefahr zu evitiren, habe der Beklagte ganz natürlich nichts Dringenderes zu thun, als den richterlichen Gesichtspunkt in Bezug auf dieselbe, den Klaggrund bildende Thatsache zu erweitern und seinerseits z. B. hervorzuheben, daß der Sclave im Momente, als das Geschoß entsendet wurde, unberufen auf den zu Wurfübungen bestimmten Platz geeilt

---

[1]) Beiträge zur Lehre vom Klaggrunde S. 77.

[2]) Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 150 fg.

und sich selbst dem Geschosse preisgegeben habe, oder daß z. B. sein Schiff von einer jeden Widerstand vereitelnden Sturmesgewalt ergriffen gewesen sei.

Eine derartige Vertheilung der Beweislast ist weder durch das Gesetz noch durch die Natur der Sache gerechtfertigt. Wenn Jemand beim Spiel, bei einer Schießübung u. s. w. einem andern Menschen eine Verletzung zugefügt hat, so kann ihm nicht ohne Weiteres eine Verschuldung zur Last gelegt werden. Der Unfall kann, wie die obigen Beispiele zeigen, ebensowohl durch ein unglückliches Zusammentreffen von Umständen oder auch durch die eigene Fahrlässigkeit des Verletzten herbeigeführt worden sein. Ein gewissenhafter und einigermaßen erfahrener Richter wird daher in solchen Fällen den Beklagten nicht ohne alle Kenntniß der Details des Vorganges für schuldig erachten, sondern vorerst die Sachlage sorgfältig prüfen, nach Befinden die Lokalitäten unter Zuziehung der Zeugen in Augenschein nehmen, unter Umständen auch noch Sachverständige hören und erst auf Grund dieser Erörterungen die oft recht schwierige Frage beantworten, ob überhaupt eine Verschuldung vorliege und wen sie treffe.

Nun lassen zwar Gerber und Maxen dem Beklagten den Exculpationsbeweis nach. Der Beklagte hat, wie Gerber meint, nichts Dringenderes zu thun, als den richterlichen „Gesichtspunkt" (sollte wohl heißen „Gesichtskreis") in Bezug auf die den Klaggrund bildende Thatsache zu erweitern. Ich habe jedoch zu unsern Richtern im Allgemeinen das Vertrauen, daß ihr geistiger Horizont weit genug ist, um die verschiedenen Möglichkeiten, die ein solcher Fall darbietet, in's Auge fassen zu können, ohne hierzu der Beihülfe des Beklagten zu bedürfen. Es wäre traurig, wenn der Beklagte, um einer ungerechten Verurtheilung zu entgehen, erst nöthig hätte, „den richterlichen Gesichtspunkt in Bezug auf die den Klaggrund bildende Thatsache zu erweitern". Und wenn dies nun dem Beklagten nicht gelingen sollte, wenn er außer Stande wäre, seine Unschuld nachzuweisen, weil zufällig kein Zeuge bei dem Vorgange zugegen war oder weil keiner der Anwesenden auf den Vorgang Achtung gegeben hatte, wie dann? Ja, dann wäre freilich dem Beklagten nicht zu helfen, denn wenn ihm der Exculpationsbeweis nicht gelingt, ist er nach der Gerber-Maxen'schen Theorie ohne Weiteres zu verurtheilen.

Durch Gerber ist die Wissenschaft mit einer neuen Vermuthung

bereichert worden, und zwar — incredibile dictu! — mit einer Vermuthung für die Culposität, denn was sollte sonst unter der „an und für sich zu Tage liegenden Culposität" zu verstehen sein? Gerber selbst ist zwar der Meinung, hier liege nicht etwa eine Präsumtion oder eine Schlußfolgerung von Thatsachen auf Rechtsverhältnisse zum Grunde, sondern eine ganz natürliche (?) Schlußfolgerung von Thatsachen auf Thatsachen. Allein unter einer Präsumtion versteht man ja eben eine Schlußfolgerung von einer Thatsache auf eine andere Thatsache, nicht etwa eine Schlußfolgerung von Thatsachen auf Rechtsverhältnisse. So lehren Windscheid,[1]) Unger[2]) und andere Autoritäten auf dem Gebiete des Privatrechts. Rechtsverhältnisse aber können überhaupt nicht anders, als auf dem Wege der Schlußfolgerung aus Thatsachen und den auf sie anwendbaren Rechtssätzen erkannt werden.

Noch weiter, als Gerber, geht Maxen. Er behauptet, die Tödtung eines Menschen mit einem Wurfgeschoß, die Beschädigung eines Schiffes durch ein gegen dasselbe getriebenes anderes Schiff u. s. w. enthalte schon für sich allein den vollständigen Begriff einer rechtswidrigen Handlung, wie ihn die lex Aquilia erfordere, und genüge daher zur Begründung der Klage. Die den Beklagten exculpirenden Momente aber sind nach Maxen rechtshindernde Thatsachen, also Gegenstand eines Einredebeweises. Diese Auffassung beruht auf einem doppelten Irrthum, nämlich auf einer Verkennung des Begriffs einer unerlaubten Handlung und auf einer Verkennung des Begriffs der rechtshindernden Thatsachen. Was Maxen als Klaggrund bezeichnet, ist nichts weiter, als der objective Thatbestand der rechtswidrigen Handlung, wie ihn die lex Aquilia verlangt. Zum Begriffe einer solchen Handlung gehört aber noch ein subjectiver Thatbestand, der in der Vorsätzlichkeit der Fahrlässigkeit besteht. Auch dieser gehört natürlich zum Klaggrunde und ist daher im Bestreitungsfalle vom Kläger zu beweisen. Die den Beklagten exculpirenden Momente aber sind nicht rechtshindernde Thatsachen, wie sie Maxen nennt, sondern Thatsachen, die mit dem Klaggrunde unvereinbar sind, deren Behauptung also ein motivirtes Leugnen des Klaggrundes enthält. Sie bilden somit das Thema eines directen Gegenbeweises, nicht eines Einredebeweises.

---

[1]) Lehrb. d. Pandektenr. Bd. I § 133 Ziff. 2.

[2]) Syst. Bd. II § 130.

§ 28. Rechtserweiternde und rechtsbeschränkende Thatsachen.

Wir haben bisher die rechtserzeugenden, rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen als die wichtigsten Arten der juristischen Thatsachen zum Gegenstande unserer Betrachtungen gemacht. Es bleibt noch übrig, einige Arten juristischer Thatsachen zu beleuchten, die sich nicht füglich in jene Dreitheilung einreihen lassen.

Hierzu gehören zunächst diejenigen Thatsachen, durch welche ein bestehendes Rechtsverhältniß entweder erweitert oder eingeschränkt wird. Eine rechtserweiternde Thatsache ist z. B. eine Uebereinkunft, wodurch eine Forderung dem Betrage nach erhöht oder aus einer bedingten in eine unbedingte, aus einer betagten in eine unbetagte verwandelt wird. Man könnte solche Thatsachen den rechtserzeugenden beizählen, denn jede Erweiterung eines Rechts enthält eine Vermehrung seines Inhalts, und was hinzukommt, ist neuentstandenes Recht. Jedenfalls sind die rechtserweiternden Thatsachen in prozessualischer Hinsicht nach Analogie der rechtserzeugenden zu beurtheilen. Beispiele rechtsbeschränkender Thatsachen sind: eine Abschlagszahlung, der Erlaß eines Theils der Schuld, ingleichen eine Fristertheilung. Man kann diese Thatsachen den rechtsaufhebenden beizählen, da jede Einschränkung eines Rechts eine Verminderung seines Inhalts, also eine theilweise Aufhebung enthält. Jedenfalls sind sie nach Analogie der rechtsvernichtenden Thatsachen zu beurtheilen.

Demzufolge trifft die Anführungs- und Beweisverbindlichkeit in Ansehung der Erweiterungen eines Rechts den Berechtigten und in Ansehung der Beschränkungen den Verpflichteten.

Zu den Thatsachen, wodurch ein Rechtsverhältniß erweitert oder beschränkt wird, sind insbesondere auch die Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts, die s. g. accidentalia negotii, zu rechnen. Man versteht darunter bekanntlich diejenigen Bestimmungen, durch welche die regelmäßigen, keiner besonderen Festsetzung bedürfenden rechtlichen Wirkungen des Hauptgeschäfts in zulässiger Weise modificirt werden. Solche Bestimmungen, mögen sie nun gleich bei der Begründung des Rechtsverhältnisses, also bei der Errichtung des Hauptgeschäfts, oder erst nachher getroffen werden, haben immer einen relativ selbständigen Charakter, weshalb man sie auch wohl als Nebengeschäfte und in Vertragsverhältnissen als Nebenverträge (Nebenberedungen u. s. w.)

bezeichnet. Sie sind stets von derjenigen Partei, zu deren Gunsten sie getroffen sind, also wenn sie Rechtserweiterungen enthalten, von dem Berechtigten, wenn sie Rechtsbeschränkungen enthalten, von dem Verpflichteten anzuführen und zu beweisen.

Eine Nebenberedung der angegebenen Art ist bereits in § 17 unter IV erwähnt worden, nämlich die Verabredung, wodurch die Verpflichtung des Verkäufers zur Eviktionsleistung, d. h. zur Leistung des Interesse im Falle der Entwehrung des Kaufobjects ausgeschlossen wird. Die gedachte Verpflichtung ist mit dem Kaufvertrage ohne besondere Willenserklärung — als ein s. g. naturale negotii — verbunden, kann aber durch eine in den Kaufvertrag aufgenommene Bestimmung ausgeschlossen werden. Eine solche Bestimmung beschränkt die Rechte des Käufers zu Gunsten des Verkäufers, sie hat einer Klage auf Evictionsleistung gegenüber die Bedeutung einer rechtshindernden Thatsache, dient also zur Begründung einer Einrede. Eine gleiche Bedeutung hat die Verabredung, wodurch die gesetzliche Haftpflicht der Schiffer, Gast- und Stallwirthe für die Sachen, die sie in Ausübung ihres Gewerbes bei sich aufnehmen (receptum nautae, cauponis et stabularii), beseitigt wird.

Weitere Beispiele sind: die Nebenberedung, wodurch dem einen Vertragschließenden das Recht des Rücktritts vom Vertrage unbedingt (pactum displicentiae), oder für den Fall eines besseren Angebotes (in diem addictio), oder endlich für den Fall, daß der andere Vertragschließende gar nicht oder nicht gehörig erfüllen sollte (lex commissoria), vorbehalten wird; ferner die Vereinbarung, wonach der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit dem Gläubiger eine andere Leistung als Strafe verspricht (Conventionalstrafe); ingleichen die s. g. clausula cassatoria, vermöge deren der Gläubiger sich für gewisse Fälle, z. B. für den Fall, daß der Schuldner einen Zinszahlungstermin nicht einhalten sollte, das Recht vorbehält, in Ansehung der Hauptschuld von einer ausbedungenen Kündigungsfrist oder einem festgesetzten Zahlungstermine abzusehen.[1]) Zu den Nebengeschäften gehören endlich auch, wie weiter unten ausgeführt werden wird, die auflösende Bedingung (Resolutiv-Bedingung) und die Zeitbestimmungen, nicht aber die aufschiebende Bedingung (Suspensivbedingung).

[1]) Hinsichtlich der Beweislast bei der lex commissoria, der clausula cassatoria und der Conventionsstrafe ist schon in § 25 das Nöthige bemerkt worden.

§ 29. Keimzerstörende Thatsachen.

Schließlich ist noch der Thatsachen zu gedenken, die, um mich eines von Burckhard[1]) sehr glücklich gewählten Ausdrucks zu bedienen, den Keim eines künftigen Rechtsverhältnisses zerstören. Ein solcher Keim ist vorhanden, so oft von zwei oder mehr zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses erforderlichen Thatumständen vorerst nur einer vorliegt. Ein Beispiel ist die Anordnung eines Vermächtnisses. Diese Thatsache begründet an und für sich noch kein Rechtsverhältniß, sondern nur den Keim eines künftigen Rechtsverhältnisses. Erworben wird das Vermächtniß erst mit dem Tode des Erblassers und, wenn das Vermächtniß bedingt ist, mit dem Eintritte der Bedingung. Diesen Zeitpunkt muß der Honorirte erleben, sonst wird das Legat hinfällig. Das Legat verliert aber auch durch den bloßen Widerruf von Seiten des Errichters der letztwilligen Verfügung (ademtio legati) seine Wirkung.

Obgleich nun das Recht des Legatars bei Lebzeiten des Testators noch nicht zur vollen Existenz gelangt ist, sondern nur im Keime existirt, so sichert doch das positive Recht dem Keime ebenso, wie einem schon bestehenden Rechtsverhältnisse, die Fortdauer bis zum Eintritt einer ihn zerstörenden Thatsache, z. B. einer ademtio legati. Demgemäß verlangen die Quellen nicht vom Vermächtnißnehmer den Beweis, daß der Erblasser an der Anordnung des Vermächtnisses bis an das Ende seines Lebens festgehalten habe, vielmehr wird dem Erben der Beweis auferlegt, daß der Erblasser widerufen habe. Die in l. 22 D. de prob. 22, 3 ausgesprochene Regel: qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debet, die in ihrer allgemeinen Fassung zunächst nur auf die Aufhebung eines Vertrags durch entgegengesetzte Uebereinkunft (contrarius consensus, mutuus dissensus) bezogen werden könnte, findet auch auf Legate Anwendung, wie u. a. in folgenden Stellen anerkannt wird:

> l. 22 de leg. II: — onus probandi, mutatam esse defuncti voluntatem, ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat;
>
> l. 11 § 12 de leg. III: — probationem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.

Ein ähnlicher Fall ist die Ausschließung der Intestaterbfolge durch ein Testament. Die thatsächlichen Voraussetzungen der Intestaterbfolge

---

[1]) Präsumtionen S. 147 fg.

sind der Tod des Erblassers und die Verwandtschaft mit demselben. Solange der künftige Erblasser noch am Leben ist, begründet die Verwandtschaft mit demselben nur die Aussicht auf die Erbfolge, nur den Keim eines dereinstigen Erbrechts. Erst mit dem Tode des Erblassers gelangt das Erbrecht der Verwandten zur Existenz. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht ein gültiges Testament errichtet hat. Durch das Testament wird die Intestaterbfolge in ähnlicher Weise beseitigt, wie ein Legat durch den Widerruf. Demzufolge gehört nicht, wie Einige meinen, das Nichtvorhandensein eines Testaments oder einer sonstigen letztwilligen Verfügung zum thatsächlichen Grunde einer hereditatis petitio ab intestato, vielmehr braucht der Kläger nur seine Verwandtschaft mit dem Kläger und dessen Ableben darzulegen. Sache des Beklagten ist es, sich einredeweise auf das Vorhandensein eines Testaments, eines Codicills, eines Erbvertrags u. s. w. zu berufen.

Alle letztwilligen Verfügungen mit Einschluß einer ademtio legati gehören zu den Rechtsgeschäften (Willenserklärungen) und somit zu den juristischen Thatsachen und sind schon als solche von derjenigen Partei, zu deren Vortheil sie gereichen, anzuführen und zu beweisen.

Wie die gesetzliche Erbfolge überhaupt durch das Dasein einer letztwilligen Disposition ausgeschlossen wird, so wird auch die gesetzliche Erbberechtigung eines Verwandten durch das Dasein eines näher berechtigten Verwandten ausgeschlossen. Wenn daher zwei Personen um die Intestaterbfolge streiten, so gehört zum Klaggrunde nur die Behauptung, daß der Kläger mit dem Erblasser verwandt sei, nicht, daß er dessen nächster Verwandter sei. Sache des Beklagten ist es, einredeweise seine nähere Verwandtschaft geltend zu machen.

Man pflegt die soeben besprochenen Thatsachen den rechtshindernden beizuzählen. Indessen haben sie, wenigstens die letztwilligen Verfügungen, insbesondere die ademtio legati, insofern eine unverkennbare Aehnlichkeit mit den rechtsvernichtenden Thatsachen, als sie zwar kein zur vollen Entwickelung gelangtes, aber doch schon im Keime vorhandenes Rechtsverhältniß zerstören. Es dürfte sich daher empfehlen, sie als eine besondere Klasse unter dem Namen „keimzerstörende Thatsachen" von den rechtshindernden und rechtsvernichtenden zu unterscheiden. Die meisten letztwilligen Verfügungen, insbesondere ein Testament, Codicill, Erbvertrag verbinden übrigens mit der keimzerstörenden Wirkung eine keimerzeugende Wirkung, indem sie zugleich die erste Voraussetzung

zu neuen Rechtsverhältnissen bilden, die mit dem Tode des Errichters in's Leben treten.

§ 30. Die aequitas als Grundprincip.

Man könnte zweifeln, ob die Vertheilung der Beweislast, wie sie nach dem Bisherigen rechtlich geordnet ist, dem Geiste wahrer Gerechtigkeit entspreche. Auf den ersten Blick scheint es natürlicher, daß derjenige, der ein Recht behauptet, auch die Voraussetzungen desselben, also der Kläger die Voraussetzungen seines Klagrechts, der Beklagte die seines Gegenrechts, beweisen müsse. Statt dessen verlangt das positive Recht nur den Beweis einer rechtserzeugenden Thatsache, also einer Thatsache, die der Regel nach die Entstehung des geltend gemachten Rechts zur Folge hat. Dem Gegner bleibt es überlassen, den Beweis zu führen, daß im vorliegenden Falle eine Ausnahme Platz greife und daher kein Recht zur Entstehung gekommen sei, oder daß das entstandene Recht inzwischen wieder aufgehoben worden sei, oder daß endlich der Verfolgung des Rechts ein Hinderniß im Wege stehe. Man könnte meinen, daß in dieser Vertheilung der Beweislast eine große, vom gesetzgeberischen Standpunkte nicht zu rechtfertigende Begünstigung dessen, der ein Recht behauptet, zum Nachtheile dessen, der es bestreitet, liege.

Dem ist jedoch nicht so. Man versetze sich nur in die Lage eines Klägers, der den Beweis eines wirklichen, gegenwärtigen, verfolgbaren Rechts zu führen hätte. Er müßte, wenn er z. B. auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens klagt, vor Allem nachweisen, daß der Beklagte bei Ertheilung jenes Versprechens handlungsfähig, also bereits volljährig, im Besitze seiner Geisteskräfte und auch kein gerichtlich erklärter Verschwender gewesen sei. Ebenso müßte er beweisen, daß der Gegenstand der Schenkung veräußerungsfähig, also keine res sacra, religiosa, litigiosa u. s. w. sei. Er müßte ferner beweisen, daß das Versprechen ernstlich gemeint gewesen sei und daß ihm kein Irrthum zu Grunde gelegen habe. Dies Alles und in verwickelten Fällen noch mehr wäre nöthig, um nur zu zeigen, daß ein wirkliches Recht entstanden sei. Aber damit noch nicht genug, würde der Kläger auch noch das gegenwärtige Fortbestehen seines Rechts darzuthun haben. Er würde also den Beweis führen müssen, daß in der Zeit zwischen der Entstehung seines Rechts und der Klagerhebung keine im concreten Falle irgend denkbare

rechtsvernichtende Thatsache vorgekommen sei. Wenn nun schon der Beweis, daß ein wirkliches Recht entstanden sei, sehr schwer zu erbringen sein wird, so übersteigt der Beweis der gegenwärtigen Fortdauer des Rechts geradezu die menschlichen Kräfte. Man würde also dem Kläger, wenn man von ihm einen solchen Beweis verlangen wollte, etwas Unmögliches ansinnen und damit den ihm vom Staat verheißenen Rechtsschutz illusorisch machen.

Wie anders ist dagegen die Lage des Beklagten! Dieser erreicht seinen Zweck, die Freisprechung, wenn er auch nur eine einzige rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache beweist, wogegen der Kläger, wenn man von ihm den Beweis eines wirklichen, gegenwärtigen Rechts verlangte, die Abwesenheit aller im concreten Falle irgend denkbaren rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen beweisen müßte.

Es ergiebt sich hieraus, daß in der durch das positive Recht geordneten Vertheilung der Beweislast keine ungebührliche Bevorzugung des Klägers vor dem Beklagten zu erblicken ist und daß, wenn man von dem Kläger mehr verlangen wollte, man ihm die Prozeßführung nicht nur sehr schwierig, sondern in den meisten Fällen ganz aussichtslos machen würde.

Indessen kann die Rücksicht auf die größere oder geringere Schwierigkeit der Beweisführung hier kaum entscheiden. Es würde sich nicht wohl rechtfertigen lassen, bloß aus dieser Rücksicht dem Kläger einen Theil des Beweises, den er eigentlich zu führen hätte, abzunehmen und dem Beklagten aufzubürden. Es kommt aber noch ein anderer Gesichtspunkt hinzu, der die gesetzliche Regelung der Beweislast nicht bloß als zweckmäßig, sondern auch als durchaus gerecht und billig erscheinen läßt. Wenn nämlich einmal die Herbeischaffung des thatsächlichen Materials, wie die Verhandlungsmaxime mit sich bringt, dem Gericht abgenommen und den Parteien übertragen wird, so ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß diese Last möglichst gleichmäßig unter die Parteien vertheilt werde. Wie könnte aber dieser Forderung besser entsprochen werden, als indem einer jeden Partei überlassen wird, die Thatsachen, die sie bei der Entscheidung des Rechtsstreits berücksichtigt wissen will, also die für sie vortheilhaften Thatsachen zur Kenntniß des Gerichts zu bringen? Dieser Vertheilungsmodus ist nicht nur der einfachste und natürlichste, sondern auch derjenige, der dem Princip

der wahren Gerechtigkeit, dem Princip der Gleichheit entspricht. Ebenso sachgemäß, wie die Vertheilung der Anführungs- und Beweisverbindlichkeit, ist der an die Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit geknüpfte Rechtsnachtheil, daß die Thatsache, welche anzuführen oder zu beweisen gewesen wäre, vom Gericht nicht berücksichtigt, als nicht vorhanden angesehen wird. Hiernach kann kein Theil sich beklagen, wenn eine ihm vortheilhafte Thatsache bei der Entscheidung unberücksichtigt bleibt, denn er hat dies sich selbst zuzuschreiben.

Eine Andeutung des im Vorstehenden entwickelten Gedankenganges findet sich in l. 12 D. de prob. 22, 3. Diese Stelle lautet:

> Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis, refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus, se in testamento legasse, id fecerit, ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur, nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam: ipse hoc probare cogendus est, et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare judici debet.

Der Fall ist folgender. Dem Kläger ist zweimal, in einem Testament und in einem später geschriebenen Codicill, die gleiche Summe vermacht worden. Der Streit dreht sich darum, ob der Erblasser das Legat verdoppeln oder wiederholen wollte und ob er bei der Aufsetzung des Codicills sich des Umstandes, daß er schon in seinem Testamente die Summe vermacht hatte, nicht erinnerte. Die Frage nach der Beweislast wird nun dahin beantwortet: Auf den ersten Blick erscheine es der Billigkeit gemäßer, daß der Kläger seinen Anspruch beweise, indessen verlange man ja auch vom Beklagten manche Beweise, z. B. den Beweis der Zahlung, und so müsse auch, da der Kläger zwei letztwillige Verfügungen vorgezeigt habe, der Beklagte den Beweis übernehmen, daß die spätere Verfügung unbeachtlich sei.

Als Grund für diese Regelung der Beweislast aber wird in der angeführten Stelle die aequitas bezeichnet, die bei den Römern gleichbedeutend war mit der naturalis ratio, wofür die Neueren den Ausdruck „Natur der Sache" oder „natürliches (vernunftgemäßes) Recht"

gebrauchen. Diese aequitas ist es, die in der Verhandlungsmaxime und der ihr entsprechenden gleichheitlichen Vertheilung der Beweislast zum vollständigen Ausdruck gelangt. Es ist, wie Unger[1]) sehr gut sagt, eine Forderung der natürlichen Billigkeit, in dem Kampfe der streitenden Parteien Sonne und Wind gleich zu vertheilen und nicht alle Last dem sein Recht suchenden Theil aufzubürden.

§ 31. Das s. g. qualificirte Geständniß.

Es ist schon wiederholt erwähnt worden, daß das Bestreiten einer vom Gegner behaupteten Thatsache nicht bloß durch directe Verneinung, sondern auch indirect durch Aufstellung einer Thatsache, die mit der vom Gegner behaupteten Thatsache unvereinbar ist, erfolgen kann. Beispiele der indirecten Verneinung sind die Behauptung eines alibi und die s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae. Es kann aber auch vorkommen, daß die Behauptung der einen Partei der Behauptung der anderen nur theilweise widerspricht oder, was auf dasselbe hinausläuft, ein Zugeständniß der gegnerischen Behauptung unter einer Einschränkung enthält. Man pflegt diese Fälle unter dem Namen des qualificirten Geständnisses zusammenzufassen, ein Begriff, der viel Streit hervorgerufen hat und seiner großen praktischen Bedeutung wegen einer näheren Erörterung bedarf.

Die hierher gehörigen Fälle sind sehr mannigfaltiger Art. Man rechnet dahin z. B. folgende Fälle: wenn bei einer Darlehnsklage der Beklagte zugesteht, die geklagte Summe erhalten zu haben, jedoch hinzufügt, er habe sie schenkungsweise erhalten, wenn bei einer Contractsklage der Beklagte zugiebt, den Contract abgeschlossen zu haben, jedoch hinzufügt, er habe im Namen und Auftrage eines Anderen contrahirt, wenn ferner ein Versprechen zwar im Allgemeinen zugestanden, aber gleichzeitig behauptet wird, das Versprechen sei durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt oder alternativ gewesen. In allen diesen und ähnlichen Fällen entsteht die Frage: Hat der Beklagte die dem Geständniß beigefügte Einschränkung zu beweisen, oder ist der Kläger ungeachtet des Geständnisses in Folge der Einschränkung desselben beweispflichtig?

Man pflegt diese Frage im Allgemeinen dahin zu beantworten, daß es darauf ankomme, ob die Einschränkung ein indirectes Leugnen einer zum Klaggrunde gehörigen Thatsache oder das Vorbringen einer

[1]) Syst. d. österr. allgem. Privatr. Bd. II S. 451.

selbstständigen Thatsache, eine Einrede enthalte. Damit stimmt die Vorschrift in § 262 der Reichscivilprozeßordnung überein:

„Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Erklärungen als ein Geständniß anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles."

Nach den Motiven S. 211, 212 hat durch Absatz 1 des angeführten Paragraphen für die Gebiete des französischen Rechts die von der Praxis festgehaltene, sehr weit gehende Doctrin von der Untheilbarkeit des Geständnisses (Cod. civ. art. 1356: l'aveu judiciaire ne peut pas être divisé contre celui qui l'a fait) beseitigt werden sollen. In dem zur Ergänzung dienenden Absatz 2 wird anerkannt, daß in der zusätzlichen oder einschränkenden Erklärung je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles eine Einrede oder ein Geständniß liegen könne. Damit wird der Wissenschaft nicht vorgegriffen, vielmehr bleibt es derselben vorbehalten, nach einem allgemeinen Princip für die Entscheidung der Frage, ob in der dem Geständniß beigefügten Einschränkung eine Einrede oder ein Geständniß liege, zu forschen.

Ein solches Princip ist neuerdings von Römer[1]) für diejenigen Fälle aufgestellt worden, „in welchen ein rechtlicher Anspruch gegründet wird auf ein Rechtsgeschäft, namentlich Vertrag, und der Gegner geltend macht, dieses Rechtsgeschäft habe nicht so, sondern anders und zwar ihm günstiger so und so gelautet". „Hier ist", so fährt er fort, „der den Anspruch Erhebende beweispflichtig; denn hier ist eben nicht dasjenige Rechtsgeschäft zugestanden, auf welches der Anspruch gegründet wird, sondern in Form des Anführens eines anderen Rechtsgeschäfts jenes Rechtsgeschäft (indirect, motivirt) geleugnet, der den Anspruch Erhebende darf das von dem in Anspruch Genommenen angeführte Rechtsgeschäft nur so, wie es von letzterem angeführt ist, oder gar nicht für sich benutzen, zerreißen darf er es nicht. Wohl zu beachten

---

[1]) „Das s. g. qualificirte Geständniß" im Arch. f. civil. Prax. Bd. LXII, N. F. Bd. XII S. 149 fg.

ist, daß oben gesagt „dieses Rechtsgeschäft". Darin liegt das Erforderniß, daß das Rechtsgeschäft als ein einheitliches erscheint, auch wenn es so gelautet hat, wie der in Anspruch Genommene anführt. Nur in diesem Falle enthält dieses Anführen ein Leugnen des Rechtsgeschäfts, auf welches der Anspruch gegründet ist, nicht aber auch dann, wenn das Anführen des in Anspruch Genommenen ein zweites Rechtsgeschäft neben dem zur Begründung des Anspruchs angeführten geltend macht."

Damit stimmt überein, was ich in § 17 meiner Abhandlung von 1856 über die Vertheilung der Beweislast in den Fällen, wo der Inhalt eines Rechtsgeschäfts streitig ist, gesagt habe. Ich habe dort zwischen dem wesentlichen Inhalte (den Essentialien) eines Rechtsgeschäfts und dem außerwesentlichen Inhalte (den Accidentalien) desselben unterschieden. Betrifft die von der Klagbehauptung abweichende Behauptung des Beklagten eine Hauptbestimmung (essentiale) des in der Klage geltend gemachten Rechtsgeschäfts, so liegt darin jedesmal eine indirecte Verneinung des Klagegrundes, denn jede Abweichung in Bezug auf den wesentlichen Inhalt macht das Rechtsgeschäft zu einem andern. Weicht aber das qualificirte Geständniß von der Klagebehauptung nur insofern ab, als der Beklagte behauptet, es sei noch eine zu seinen Gunsten lautende Nebenbestimmung getroffen worden, so liegt darin eine Einrede. Die Nebenbestimmung macht das Rechtsgeschäft nicht zu einem anderen, sie enthält nur einen Zusatz, der von dem Hauptgeschäft wohl zu unterscheiden ist und nur die Wirkung desselben in der einen oder andern Richtung modificirt. Man pflegte früher als drittes Glied der Eintheilung die naturalia negotii hinzuzufügen, diese sind aber keine Bestandtheile des Rechtsgeschäfts, sondern rechtliche Wirkungen, die sich an das Rechtsgeschäft knüpfen, auch wenn sie nicht besonders ausgemacht sind, die jedoch durch Nebenbestimmungen abgeändert werden können.

Wie weit aber die Ansichten über den Begriff der Nebenbestimmungen und folgeweise auch über die auf sie anzuwendenden Grundsätze der Beweislast auseinandergehen, ergiebt sich aus der Vergleichung einer Stelle in Savignys Syst. d. h. röm. R. und einer Stelle im Entw. eines bürgerlichen GB. f. d. deutsche Reich, in welcher letzteren der neueste Standpunkt zum Ausdruck gelangt. Savigny stellt a. a. O. Bd. V S. 155 die Fälle, wo der Beklagte behauptet, daß ein im

Allgemeinen zugestandenes Versprechen durch Bedingung, Zeit, Ort beschränkt oder daß es alternativ gewesen sei, den Fällen gleich, wo bei einer Contractsklage der Beklagte behauptet, daß der eine Vertragschließende unmündig oder wahnsinnig gewesen sei oder daß eine Erklärung ohne Willen vorgelegen habe, und sieht daher den Beklagten als beweispflichtig an. In § 19 b des oben gedachten Entwurfs dagegen heißt es: „Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zu Stande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangs- oder Endtermins errichtet worden sei."

Aus dieser auffallenden Meinungsverschiedenheit kann man entnehmen, daß die Sache nicht so einfach ist, wie sie auf den ersten Blick scheint, und daß eine nähere Erörterung der einzelnen hier in Betracht kommenden Fälle keinesfalls überflüssig ist.

§ 32. Die Hauptbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

Den wesentlichen Inhalt eines jeden Rechtsgeschäfts bilden 1. die Natur des Rechtsgeschäfts, 2. die Personen (Subjecte) und 3. der Gegenstand. Ich werde im Anschlusse an die Dreitheilung eine Reihe von Fällen des qualificirten Geständnisses besprechen.

Zu 1. Es klagt Jemand auf Rückgabe einer Sache, die er dem Beklagten zum unentgeltlichen Gebrauche geliehen hat (Gebrauchsleihe, Commodat), selbstverständlich nachdem der Beklagte den vertragsmäßigen Gebrauch davon gemacht hat. Beklagter räumt den Empfang der Sache ein, behauptet jedoch, sie schenkungsweise empfangen zu haben. Die Behauptung der Schenkung ist mit der Klagbehauptung unvereinbar, enthält somit eine indirecte Verneinung der letzteren. Demzufolge hat nicht der Beklagte die Schenkung, sondern der Kläger die Gebrauchsleihe zu beweisen, wobei jedoch der Empfang der Sache, da er von dem Beklagten zugestanden ist, keines besonderen Beweises bedarf. Dem Beklagten bleibt natürlich unbenommen, den Beweis der Schenkung behufs der Widerlegung des vom Kläger zu führenden Beweises der Gebrauchsleihe anzutreten.

Etwas Anderes ist es, wenn der Beklagte zugiebt, die Sache ursprünglich nur zu einem bestimmten Gebrauche erhalten zu haben, und hinzufügt, der Kläger habe ihm später die Sache geschenkt. In diesem Falle ist der Klaggrund zugestanden und einredeweise die Umwandlung der Gebrauchsleihe in eine Schenkung behauptet: der Beklagte hat die Einrede zu beweisen.

Nicht ganz so einfach ist folgender Fall. Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Rückzahlung eines Darlehns von 1000 Mark und der Beklagte entgegnet, der Kläger habe ihm diese Summe nicht dargeliehen, sondern zur Aufbewahrung übergeben, das Geld sei dann aber mittels Einbruchs entwendet worden. Der Beklagte gesteht damit den Empfang des Geldes zu und verneint nur das Darlehn, behauptet aber dafür ein anderes Rechtsgeschäft, das ihn unter gewöhnlichen Umständen ebenfalls zur Rückgabe des Geldes verpflichtet haben würde. Hat nun der Kläger das Darlehn oder der Beklagte die Entwendung mittels Einbruchs zu beweisen? Die Beweislast trifft auch hier den Kläger, denn den Klaggrund bildet das Darlehnsgeschäft, das der Beklagte indirect durch die Behauptung, daß das Geld bei ihm hinterlegt worden sei, geleugnet hat. Beweist der Kläger das Darlehn nicht, so wird die Klage abgewiesen, ohne daß es erst noch des Beweises der Einrede des Beklagten bedarf. Gelingt dagegen dem Kläger der Beweis, so wird der Beklagte ohne Weiteres verurtheilt, denn der Darlehnsklage gegenüber ist die behauptete Entwendung mittels Einbruchs ohne Belang. Diese Thatsache würde nur in dem Falle als Einredethatsache in Betracht kommen, wenn der Kläger die Behauptung, daß ein Darlehn vorliege, fallen gelassen und die Klage auf die von dem Beklagten zugestandene Hinterlegung gegründet, der Beklagte aber dieser Klagänderung nicht widersprochen hätte.

Zu 2. Wenn einer Vertragsklage gegenüber der Beklagte behauptet, er habe zwar den Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen, aber nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen, so fragt es sich: Hat der Kläger zu beweisen, daß der Beklagte in eigenem Namen contrahirt habe, oder der Beklagte, daß er im Namen eines Andern gehandelt habe? Da die Subjecte eines Rechtsgeschäfts zu den Essentialien desselben gehören, so liegt in der Behauptung, daß der Beklagte in fremdem Namen gehandelt habe, eine indirecte Verneinung des von dem Kläger behaupteten Rechtsgeschäfts, denn wenn die Behauptung des Beklagten wahr

ist, so ist nicht er, sondern derjenige, in dessen Namen und Auftrage er gehandelt hat, der Mitcontrahent des Klägers. Man kann die Erklärung des Beklagten, er habe den Vertrag im Namen eines Andern geschlossen, nicht in der Weise zerreißen, daß man die Worte „er habe den Vertrag geschlossen" als Geständniß und die Worte „im Namen eines Andern" als Einrede auffaßt, denn es handelt sich um einen einheitlichen Vertrag, nicht um einen Haupt- und einen Nebenvertrag. Der Kläger braucht aber nicht besonders nachzuweisen, daß der Beklagte *in eigenem Namen* contrahirt habe, es genügt vielmehr, wenn er den zwischen ihm und dem Beklagten erfolgten Abschluß nachweist. Wird nämlich die Absicht, im Namen eines Andern zu handeln, nicht kundgegeben, so gilt der Vertrag als in eigenem Namen abgeschlossen. Dies wird in § 116 Abs. 2 des Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich dem heutigen Standpunkte der Wissenschaft gemäß mit den Worten ausgedrückt: „Ist der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht kundgegeben, so kommt der Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht." [1]) Damit hat der Fall Aehnlichkeit, wenn der Beklagte auf die Vertragsklage entgegnet, daß außer ihm noch ein Zweiter oder Dritter dem Kläger als Mitcontrahent gegenübergestanden habe. Hier hat nicht der Beklagte seine Entgegnung, sondern der Kläger seine Behauptung, daß er den Vertrag mit dem Beklagten allein geschlossen habe, zu beweisen.

Zu 3. Gleich der Art des Rechtsgeschäfts und den Subjecten ist auch das Object ein essentiale. Wenn daher von dem Beklagten behauptet wird, der Gegenstand des Rechtsgeschäfts sei ein anderer, als der von dem Kläger angegebene, so liegt darin eine indirecte Verneinung des Klaggrundes. Dahin gehört z. B. auch der Fall, wenn einer Klage auf Bezahlung des Kaufpreises für ein Haus entgegengehalten wird, in dem Handel und Kaufpreise sei auch das im Hause befindliche Mobiliar mit inbegriffen gewesen. Man könnte glauben, daß das Vorbringen des Beklagten, es sei ihm außer dem Hause auch noch das Mobiliar verkauft worden, eine Einrede enthalte. Dies würde aber nur in dem Falle richtig sein, wenn das Vorbringen des Beklagten dahin ginge, es sei ihm in einem Nebenvertrage das Mobiliar

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (herausgeg. von Mitgliedern) Bd. II. 194, Bd. III. 122.

zu einem dafür besonders festgesetzten Preise verkauft worden. Indem aber der Beklagte behauptet, er habe für den in der Klage angegebenen Preis nicht das Haus allein, sondern Haus und Mobiliar gekauft, behauptet er einen andern Gegenstand des Kaufs und leugnet somit indirect den vom Kläger behaupteten Inhalt des Vertrags. Demzufolge muß der Kläger beweisen, daß das Haus den alleinigen Gegenstand des Kaufs gebildet habe oder, was auf dasselbe hinausläuft, daß die in der Klage geforderte Summe als Preis für das Haus allein festgesetzt worden sei.

In derselben Weise ist der Fall zu beurtheilen, wenn die Klage sich auf das Versprechen einer bestimmten Leistung gründet, der Beklagte aber nur das Versprechen einer unbestimmten — alternativen oder generischen — Leistung zugiebt, wenn z. B. der Kläger behauptet, der Beklagte habe ihm ein näher bezeichnetes Pferd versprochen, der Beklagte aber entgegnet, er habe ihm jenes Pferd oder 500 Mark versprochen. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob in der dem Schuldner nachgelassenen Alternative eine Nebenbestimmung liege, die vom Schuldner bewiesen werden müsse, und in diesem Sinne haben namhafte Gelehrte, u. A. Savigny Syst. d. h. röm. R. Bd. V S. 155 die Frage nach der Beweislast beantwortet. In der That enthält aber die Behauptung des Versprechens einer unbestimmten Leistung eine indirecte Verneinung des Versprechens einer bestimmten Leistung, denn die eine Behauptung ist mit der andern unvereinbar. Auch das alternative Versprechen ist ein einheitliches, es läßt sich nicht in einen Haupt- und einen Nebenvertrag zerlegen. Man kann anstatt „das Pferd oder 500 Mark" ebensogut sagen „500 Mark oder das Pferd", welches ist also das Object des Hauptvertrags und welches das Object des Nebenvertrags, das Pferd oder die Geldsumme? Verlangt der Gläubiger das Pferd, so kann ihm der Schuldner entgegenhalten, er sei ihm nur 500 Mark schuldig; verlangt der Gläubiger die 500 Mark, so kann ihm der Schuldner entgegnen, er schulde ihm nur das Pferd. Ist die Behauptung des Beklagten wahr, so durfte das Klaggesuch nur darauf gerichtet werden, daß der Beklagte nach seiner Wahl das Pferd oder 500 Mark zu geben habe. Um das auf eine bestimmte Leistung, auf die Ueberlassung des Pferdes gerichtete Klaggesuch zu rechtfertigen, muß der Kläger eine entsprechende Zusicherung des Beklagten beweisen.

Das Gesagte findet keine Anwendung auf die Fälle, wo durch Gesetz oder Rechtsgeschäft die Wahl dem Gläubiger überlassen ist, denn durch

die Ausübung des Wahlrechts von Seiten des Gläubigers verwandelt sich die unbestimmte Leistung alsbald in eine bestimmte.

§ 33. Suspensivbedingung.

Von einem qualificirten Geständniß pflegt man insbesondere auch in den Fällen zu sprechen, wo der Beklagte zwar nicht in Abrede stellt, daß ein Rechtsgeschäft, wie das vom Kläger behauptete, errichtet worden sei, jedoch hinzufügt, dasselbe sei unter einer Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung errichtet worden. Es fragt sich hier, ob in der dem Geständniß beigefügten Beschränkung ein indirectes Leugnen des Klaggrundes oder eine Einrede zu finden sei. Die Meinungen gehen in dieser Beziehung sehr weit auseinander. Wie schon im § 31 am Schlusse erwähnt wurde, sehen die Einen in jeder solcher Beschränkung die Behauptung einer Nebenbestimmung, die von dem Beklagten bewiesen werden müsse, während Andere darin ein indirectes Leugnen erblicken und daher vom Kläger den Beweis verlangen, daß das Rechtsgeschäft so, wie er behauptet habe, errichtet worden sei. Noch Andere unterscheiden hier zwischen aufschiebenden und auflösenden Bedingungen und Zeitbestimmungen, indem sie in der Behauptung einer Bedingung oder Zeitbestimmung der ersteren Art eine indirecte Verneinung, in der Behauptung dagegen, daß dem Rechtsgeschäfte eine auflösende Bedingung oder ein Endtermin beigefügt worden sei, eine Einrede erblicken. Eine vierte Meinung endlich geht dahin, daß nur das Anführen einer Suspensivbedingung ein Bestreiten des Klaggrundes, dagegen das Anführen einer Resolutivbedingung oder eines Anfangs- oder Endtermines eine Einrede enthalte. Es erscheint unter diesen Umständen als zweckmäßig, die in Frage stehenden Fälle einzeln zu behandeln, zumal da dieselben nach meiner Ansicht aus ganz verschiedenen Gesichtspunkten zu beurtheilen sind.

Was nun die Suspensivbedingung betrifft, so ist es vor Allem nöthig, sich über die Natur und Bedeutung derselben zu verständigen, denn auch darüber sind die Ansichten zur Zeit noch sehr getheilt. Man streitet insbesondere, ob durch die beigefügte Bedingung die Existenz des Rechtsgeschäfts oder nur dessen rechtliche Wirkung hinausgeschoben und in's Ungewisse gestellt werde.[1]) Ich meinestheils bin

[1]) Die erstere Ansicht wird vertreten von Puchta Pand. § 59, Arndts Pand. § 66, Huschke Zeitschrift f. Civilr. u. Proz. XV S. 248, 249, Fitting Arch. f.

der ersteren Ansicht. Es ergiebt sich meines Erachtens schon aus der Natur der Sache, daß ein Rechtsgeschäft, das nur eventuell, für einen noch ungewissen künftigen Fall errichtet worden ist, auch erst eintretenden Falles in's Leben tritt (ob mit rückwirkender Kraft oder nicht, gehört nicht hierher). Dies dürfte auch die wahre Willensmeinung der Errichter bedingter Rechtsgeschäfte sein. Wenn z. B. Jemand unter Vorbehalt der Zustimmung seiner Ehefrau ein Haus verkauft oder vor Gericht einen Vergleich eingeht, so geht sein Wille dahin, daß die endgültige Entscheidung über das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts in die Hand der Ehefrau gelegt sein soll. Ertheilt die Ehefrau ihre Zustimmung, so gilt der Vertrag als geschlossen; verweigert sie ihre Zustimmung, so gilt der Vertrag als nicht geschlossen.

Ein gewöhnlicher (einfacher, unbedingter) Kaufvertrag ist perfect, sobald die Einigung über den Kaufgegenstand und den Preis erfolgt ist. Die Betheiligten können aber auch ausmachen, daß zum Abschlusse des Kaufvertrags außer den beiderseitigen Willenserklärungen noch ein dritter Factor, und zwar der Eintritt eines künftigen noch ungewissen Ereignisses nöthig sein solle. Die Parteien sind in diesem Falle, wie Langenbeck[1]) treffend bemerkt, „darüber einig, beim Eintritt der Bedingung das bedingte Geschäft geschlossen haben (nicht schließen) zu wollen". Es besteht also schon eine vorläufige Einigung, und diese hat auch eine rechtliche Wirkung, die darin besteht, daß kein Theil mehr einseitig zurücktreten darf, eine Wirkung, die auch vererblich ist. Das bedingte Geschäft selbst aber, z. B. der Kaufvertrag, der Vergleich, ist, so lange die Bedingung schwebt (pendente conditione) noch unfertig (imperfect), es existirt nur im Reiche der Möglichkeit, nicht in der Wirklichkeit, und die Nichtexistenz perpetuirt sich, wenn die Bedingung ausfällt. Tritt dagegen die Bedingung ein, so verwandelt sich das bedingte Rechtsgeschäft in ein unbedingtes und gelangt damit erst zur Existenz.

Man kann mit Hasse[2]) und Götting[3]) bei jedem suspensiven

---

civil. Prax. XXXIX S. 337, 349, Unger Syst. Bd. II S. 56, 57 u. A., der letzteren Ansicht sind Savigny Syst. Bd. III § 116, Windscheid Pand. Bd. I § 76 u. A., diese Ansicht ist auch in dem Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich § 128 zum Ausdruck gelangt.

[1]) Beweisführung S. 337.

[2]) im Rhein. Museum III S. 134 fg.

[3]) i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. I S. 250.

Rechtsgeschäfte zwei Rechtsgeschäfte unterscheiden, das bedingende, vorbereitende und das bedingte, für einen möglichen Fall vorbereitete. Nur darf man sie nicht als selbstständig für sich existirende Rechtsgeschäfte ansehen, sie bilden vielmehr die beiden Seiten eines einheitlichen Rechtsgeschäfts und stellen zugleich dieses Rechtsgeschäft in seinen beiden Entwickelungsstufen dar. Auf der ersten Stufe, während des Schwebens der Bedingung (pendente conditione), besteht das Rechtsgeschäft nur als vorbereitendes, z. B. als ein Vertrag des Inhalts, daß beim Eintritt der Bedingung ein Kaufcontract als abgeschlossen gelten solle. Auf der zweiten Stufe, nach Eintritt der Bedingung (quum conditio exstiterit), ist aus dem vorbereitenden Rechtsgeschäfte dasjenige Rechtsgeschäft hervorgegangen, dessen Existenz von den Errichtern an den Eintritt der Bedingung geknüpft und für diesen Fall bereits vorbereitet war.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in den Quellen des römischen Rechts. In zahlreichen Aussprüchen wird nicht bloß anerkannt, daß das Rechtsverhältniß vom Eintritt der Bedingung abhängt (was zweifellos richtig, aber nicht erschöpfend ist), sondern auch geradezu ausgesprochen, daß das Rechtsgeschäft selbst erst mit dem Eintritt der Bedingung perfect wird. Aussprüche der letzteren Art sind z. B. enthalten in § 4 J. de V. O. 3, 15:

> Sub conditione stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit vel non fuerit, committatur stipulatio;

ferner in l. 7 pr. D. de contrahenda emtione etc. 18, 1:

> — conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, quum impleta fuerit conditio;

ingleichen in l. 8 pr. D. de periculo et commodo rei venditae 18, 1:

> Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. — Quodsi sub conditione venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio; quodsi exstiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt.

Hiernach liegt in der Behauptung, daß das der Klage zu Grunde gelegte Rechtsgeschäft unter einer Suspensivbedingung errichtet worden sei, ein Bestreiten der Perfection des Rechtsgeschäfts und somit keine

Einrede, sondern eine Verneinung des Klaggrundes, und daraus folgt weiter, daß die Beweislast nicht den Beklagten, sondern den Kläger trifft.

Zu demselben Resultate kommt man aber auch, wenn man annimmt, daß nur die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts, nicht dessen Existenz von dem Eintritte der Bedingung abhänge. Denn immerhin ist die Suspensivbedingung nicht als eine Nebenbestimmung, sondern als eine wesentliche Bestimmung anzusehen, durch deren Hinzufügung das Rechtsgeschäft zu einem andern gemacht wird, so daß ein suspensiv bedingter Kaufvertrag von einem gewöhnlichen (unbedingten) Kaufvertrage so verschieden ist, wie ein Kaufvertrag von einer Schenkung oder eine Schenkung von einem Darlehn. Man kann daher ein suspensiv bedingtes Rechtsgeschäft nicht in ein Haupt- und ein Nebengeschäft auflösen und demgemäß auch die Behauptung, daß das Rechtsgeschäft an eine Suspensivbedingung geknüpft sei, nicht als ein Geständniß mit beigefügter Einrede ansehen. Man muß vielmehr das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft als ein einheitliches und somit auch die Behauptung eines solchen Rechtsgeschäfts als eine einheitliche gelten lassen, die mit der Behauptung des Gegners unvereinbar ist und daher ein indirectes Leugnen desselben enthält.[1])

Es fragt sich nun aber weiter, was der Kläger zu beweisen hat, wenn der Beklagte den Klaggrund unter dem Anführen bestreitet, daß das in der Klage behauptete Rechtsgeschäft nicht unbedingt (pure), sondern unter einer aufschiebenden Bedingung errichtet worden sei. Der Kläger hat in solchem Falle nicht etwa die Negative zu beweisen, daß dem Rechtsgeschäfte keine aufschiebende Bedingung beigefügt worden sei. Es genügt, wenn er beweist, daß das Geschäft in der von ihm behaupteten Weise zu Stande gekommen sei, wenn er z. B. eine über das Geschäft aufgenommene Urkunde vorlegt, in der von einer Bedingung keine Rede ist, oder wenn die von ihm benannten Zeugen die Errichtung des Geschäfts bestätigen, von der Beifügung einer Bedingung aber nichts wissen. Damit ist bewiesen, daß ein fertiges Rechtsgeschäft vorliege. Sache des Beklagten ist es alsdann, diesen Beweis durch einen Gegenbeweis (nicht Einredebeweis) des Inhalts, daß das Rechtsgeschäft an eine Suspensivbedingung geknüpft und somit noch unfertig sei, zu entkräften.

---

[1]) Vgl. Windscheid Pand. Bd. I § 86 Note 4, Römer i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. LXII N. F. Bd. XII S. 164.

Das Gesagte gilt übrigens nur von dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, daß das Geschäft gleich anfänglich von einer Suspensivbedingung abhängig gemacht worden sei. Behauptet er dagegen, daß das anfänglich unbedingte Geschäft später in ein bedingtes verwandelt worden sei, so trifft ihn die Beweislast nach dem Grundsatze, daß jede Veränderung eines rechtlichen Zustandes von demjenigen, der sie behauptet, bewiesen werden muß.[1])

Als suspensiv bedingt ist auch ein Vertrag anzusehen, dem die Bestimmung beigefügt ist, daß der eine Vertragschließende an den Vertrag nur dann gebunden sei, wenn er wolle (si velit, si placuerit). Hier tritt das Unfertige des Vertrags besonders deutlich hervor, da in einem solchen Falle nur der eine Theil an den Vertrag vorläufig gebunden ist, der andere Theil aber noch ganz freie Hand hat. Ein Vertrag dieser Art ist der „Kauf auf Besicht oder auf Probe", der unter der Bedingung geschlossen ist, daß der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde, eine Bedingung, die im Zweifel als eine aufschiebende anzusehen ist.[2]) Was die Beweislast bei dem Kauf auf Besicht oder auf Probe anlangt, so gelten dieselben Grundsätze, die bei jedem andern suspensiv bedingten Geschäfte gelten: behauptet der Kläger, das Geschäft sei pure abgeschlossen worden, während der Beklagte nur einen Kauf auf Besicht oder auf Probe einräumt, so trifft die Beweislast den Kläger.[3])

§ 34. Resolutivbedingung und Zeitbestimmung.

Ist bei der Errichtung eines Rechtsgeschäfts die Bestimmung getroffen worden, daß dasselbe oder dessen rechtliche Wirkung durch den

---

[1]) Vgl. Reinhold i. d. Zeitsch. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII § 18 S. 171 fg. Im Resultate stimmen mit dem Bisherigen überein Gönner Handb. II S. 398, Weber Verbindl. z. Beweisführung VI § 42 S. 176, Heffter Zusätze zu Weber S. 246, Hasse im Rhein. Mus. III S. 134 fg., Albrecht Exceptionen S. 202, Knappe Exceptionen S. 107, Brackenhöft im Arch. f. civil. Prax. XXII S. 133 fg., Götting i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. III S. 165 fg., Wetzell Syst. § 19, Langenbeck Beweisführung S. 335 fg., Unger Syst. Bd. II § 129 S. 572 Anm., Windscheid Pand. Bd. I § 86 Note 4 und Andere. Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von Savigny Syst. Bd. V S. 155, Puchta Pand. § 97, Bethmann-Hollweg Versuche S. 354 fg. und Anderen.

[2]) Handelsgesetzbuch Art. 339.

[3]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. IV S. 128, Bd. XV S. 56, Makower Handelsgesetzbuch 7. Aufl. S. 317 d.

Eintritt eines künftigen, ungewissen Umstandes aufgehoben werden solle, so spricht man von einer auflösenden Bedingung (Resolutivbedingung). Die Quellen bezeichnen ein solches Rechtsgeschäft als ein negotium purum, quod conditione resolvitur. Demgemäß unterscheidet die herrschende Meinung an einem unter einer Resolutivbedingung errichteten Rechtsgeschäft ein unbedingtes Hauptgeschäft und ein suspensiv bedingtes Nebengeschäft, d. h. ein Nebengeschäft, welches die Wiederaufhebung der Wirkung des Hauptgeschäfts an eine aufschiebende Bedingung knüpft.[1]) Eine unabweisliche Consequenz dieser Auffassung ist, daß man in der Behauptung des Beklagten, dem Rechtsgeschäft, aus dem geklagt wird, sei eine auflösende Bedingung beigefügt worden, ein Zugeständniß des Hauptgeschäfts, also des Klaggrundes, und die Geltendmachung eines die Wirkung des Hauptgeschäfts einschränkenden Nebengeschäfts, also eine Einrede erblickt. Diese Consequenz wird auch in der Theorie und Praxis ziemlich allgemein anerkannt.

Als Beispiel mag der Fall dienen, wenn ein Beamter eine Wohnung auf eine Reihe von Jahren miethet, dabei jedoch ausmacht, daß, falls er in der Zwischenzeit versetzt werden würde, das Miethverhältniß als gelöst gelten solle. Käme es darüber zu einem Rechtsstreit, so würde der Hauptvertrag, den der Miether nicht zu leugnen vermöchte, den Klaggrund bilden. Der Miether würde einredeweise den Nebenvertrag über die Aufhebung des Miethverhältnisses im Falle seiner Versetzung und den Eintritt des vorgesehenen Falles, nämlich die erfolgte Versetzung, geltend zu machen haben. Die gedachten beiden Thatsachen, die Nebenberedung und die Versetzung, bilden in ihrer Verbindung den rechtsvernichtenden Thatbestand. Die eine Thatsache ist ohne die andere bedeutungslos, der Beklagte muß daher beide anführen und im Bestreitungsfalle beweisen.

Wie die auflösende Bedingung, so müssen auch die Zeitbestimmungen als Nebenbestimmungen aufgefaßt werden. Bedingung und Zeitbestimmung unterscheiden sich dadurch, daß die erstere an ein ungewisses, die letztere an ein gewisses künftiges Ereigniß geknüpft ist (daher ist ein „dies incertus an“ nichts Anderes als eine Bedingung, in der Form einer Zeitbestimmung ausgedrückt). Während daher durch eine Sus-

---

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. I § 86 Note 3, Römer im Arch. f. civil. Prax. Bd. LXII S. 165.

pensivbedingung die Existenz des Rechtsgeschäfts — nach Andern wenigstens dessen rechtliche Wirkung — nicht bloß hinausgeschoben, sondern ganz in's Ungewisse gestellt wird, ist bei einem unter Beifügung eines Anfangstermins errichteten Rechtsgeschäfte Alles gewiß. Daher ist ein Rechtsgeschäft der letzteren Gattung nicht nur alsbald perfect, sondern auch das Recht, das durch dasselbe begründet werden sollte, alsbald erworben und nur dessen Geltendmachung bis zum Eintritte des festgesetzten Zeitpunktes verschoben.

Dies wird in zahlreichen Aussprüchen der Quellen anerkannt, z. B. in § 2 J. de V. O. 3, 15:

> — quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed p e t i prius quam dies venerit, non potest;

ferner in l. 46 pr. D. de V. O. 45, 1:

> Centesimis Calendis dari utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata s o l u t i o.

Hieraus folgt aber, daß die Beifügung eines Anfangstermins eine Nebenbestimmung ist, die von demjenigen bewiesen werden muß, der sich darauf beruft, daß der festgesetzte Zeitpunkt noch nicht eingetreten sei. Sie ist nichts Anderes, als eine dem Schuldner bewilligte Frist, mag sie nun gleich bei Begründung des Schuldverhältnisses oder erst nachträglich bewilligt worden sein. In Vertragsverhältnissen insbesondere bildet die Frist den Gegenstand eines besondern, dem Hauptvertrage beigefügten Nebenvertrags, den man als Stundungsvertrag (pactum in diem, pactum de non petendo in tempus) bezeichnet und der auch nach römischem Rechte Gegenstand einer exceptio (exc. pacti etc.) ist.

Eine ähnliche Bewandtniß hat es endlich auch mit der Beifügung eines Endtermins (dies ad quem). Diese ist im Gegensatze zu dem Hauptgeschäfte, dessen Zweck die Begründung eines Rechtsverhältnisses ist, ein Nebengeschäft, das auf die Wiederauflösung dieses Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Wenn also der Beklagte ein solches Nebengeschäft geltend macht, so leugnet er damit nicht das Hauptgeschäft, aus welchem geklagt wird, sondern er behauptet eine selbständige Thatsache, die zu seinen, des Beklagten, Gunsten die rechtliche Wirkung des Hauptgeschäfts zeitlich beschränkt und deren Beweis daher dem Beklagten obliegt. Das Hauptgeschäft bildet den rechtserzeugenden Thatbestand, den Klaggrund, die Beifügung des Endtermins dagegen, in Verbindung

mit dem Eintritte des letzteren, den rechtsvernichtenden Thatbestand, also den Grund einer Einrede.

Auf die Resolutivbedingung und die Zeitbestimmungen findet alles dasjenige Anwendung, was ich in § 32 über die Nebenbestimmungen (accidentalia) im Gegensatze zu den Hauptbestimmungen (essentialia) gesagt habe. Nur solche abweichende Behauptungen des Beklagten, welche sich auf das Wesen des vom Kläger geltend gemachten Rechtsgeschäfts, also auf die Natur desselben oder auf die Subjecte oder das Object beziehen, enthalten eine indirecte Verneinung des Klaggrundes, denn jede Abweichung, die den wesentlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts, die Hauptbestimmungen betrifft, macht das Rechtsgeschäft selbst zu einem andern. Dreht sich aber der Streit um den außerwesentlichen Inhalt, um eine Nebenbestimmung, so trifft die Beweislast denjenigen, zu dessen Gunsten die Nebenbestimmung getroffen ist, sei es nun der Kläger oder der Beklagte. Nebenbestimmungen haben, abgesehen davon daß sie begriffsmäßig ein Hauptgeschäft voraussetzen, einen selbstständigen Charakter. Sie ändern an dem Hauptgeschäfte als solchem nichts und können daher unbeschadet desselben hinzukommen oder wegbleiben. Ihre Bedeutung besteht nur darin, daß sie die mit einem bestimmten Rechtsgeschäfte regelmäßig und ohne besondere Festsetzung verbundenen rechtlichen Wirkungen, die s. g. naturalia negotii, modificiren, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Sie begründen Ausnahmen von der Regel und müssen darum nach einem allgemeinen Grundsatze (§§ 12, 13) von dem, der sich auf sie beruft, bewiesen werden.

Der Regel nach äußert nun ein Rechtsgeschäft, sobald es errichtet ist, z. B. ein Kaufvertrag, sobald die Betheiligten sich über den Gegenstand und den Kaufpreis geeinigt haben, seine rechtlichen Wirkungen. Durch Beifügung eines Anfangstermins aber wird eine Ausnahme von dieser Regel herbeigeführt. Wenn z. B. bei Abschluß eines Kaufvertrags dem Käufer eine Frist zur Bezahlung des Kaufgeldes ertheilt worden ist, so kann der Verkäufer erst nach Ablauf der Frist auf Bezahlung des Kaufgeldes klagen. Klagt er früher, so steht dem Käufer die Einrede der Befristung zur Seite, zu deren Begründung dieser die Nebenbestimmung, durch welche die regelmäßige Wirkung des Kaufvertrags zu seinen Gunsten modificirt worden ist, anführen und im Bestreitungsfalle beweisen muß.

Wie es ferner von dem Belieben der Betheiligten abhängt, ein

unter ihnen bestehendes Rechtsverhältniß jederzeit durch Uebereinkommen (mutuo dissensu, contrario consensu) zu lösen, so steht es ihnen auch frei, die Auflösung des Rechtsverhältnisses an den Eintritt eines künftigen Zeitpunktes zu knüpfen oder auch von dem Eintritte eines noch ungewissen künftigen Ereignisses abhängig zu machen. Diese Bestimmungen — die Bestimmung eines Endtermins und einer auflösenden Bedingung — gehören gleichfalls zu den Nebenbestimmungen. Sie ändern nichts an dem Wesen des Rechtsgeschäfts und des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses, ihre Bedeutung besteht nur darin, daß sie zu den mannigfaltigen Endigungsarten, denen das Rechtsverhältniß ohnehin unterliegen kann, noch eine weitere Endigungsart hinzufügen. Nach dem Grundsatze nun, daß der Kläger nur die Entstehung seines Rechts, der Beklagte aber die Aufhebung desselben nachzuweisen hat, ist es Sache des Beklagten, sowohl die Beifügung eines Endtermins, als auch den Eintritt dieses Termins — denn die eine Thatsache ist ohne die andere bedeutungslos —, ingleichen die Beifügung einer auflösenden Bedingung und den Eintritt der Bedingung zu beweisen.

§ 35. Zu § 196 d. Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich.

Mit den im vorigen Paragraphen ausgesprochenen Ansichten steht der Inhalt des § 196 des Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich, soweit er von der auflösenden Bedingung und den Zeitbestimmungen handelt, in Widerspruch. Der gedachte Paragraph des Entwurfes lautet:

> „Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zu Stande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangstermines oder Endtermines errichtet worden sei."

In den Motiven S. 384 wird anerkannt, daß die Vorschrift des § 196 mit der herrschenden Meinung nicht ganz im Einklang stehe, indem die letztere in der Behauptung, daß das Rechtsgeschäft, aus welchem geklagt wird, unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Endtermins errichtet worden sei, nicht

Leugnen des Klaggrundes, sondern eine Einrede sehe. Ich glaube diese Bemerkung der Motive dahin vervollständigen zu sollen, daß die herrschende Meinung auch in der Behauptung, dem Rechtsgeschäfte sei ein Anfangstermin beigefügt worden, eine Einrede sieht, und ich bekenne unverhohlen, daß ich die Gründe, die in den Motiven S. 384 vgl. mit S. 250, 251 gegen die herrschende Meinung vorgebracht werden, nicht für durchschlagend erachten kann.

S. 250 der Motive wird zunächst zweier einander gegenüberstehender Auffassungen des Wesens der auflösenden Bedingung gedacht. Nach der einen sei das unter einer auflösenden Bedingung errichtete Rechtsgeschäft eine einheitliche Willenserklärung, welcher die Bedingung untrennbar innewohne, so daß die auflösende Bedingung gleich der aufschiebenden nichts Anderes sei, als eine besondere Gestaltung des rechtserzeugenden Wollens; nach der andern Auffassung setze sich das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aus zwei selbstständigen Theilen zusammen, einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf die Wiederaufhebung der Wirkungen dieser gerichteten aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung. Welche dieser Auffassungen rechtsphilosophisch den Vorzug verdiene, dürfe dahingestellt bleiben. Jedenfalls könne auch bei Annahme einer unbedingten Haupt- und einer bedingten Nebenwillenserklärung das Verhältniß dieser beiden Willenserklärungen zu einander nicht als das zweier trennbarer, verschiedenen Schicksalen unterliegender Rechtsgeschäfte betrachtet werden, und damit verliere die Meinungsverschiedenheit ihre praktische Bedeutung. S. 384 wird sodann das über die auflösende Bedingung Gesagte auch auf den Endtermin ausgedehnt und damit die Auffassung motivirt, daß in der Behauptung der Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines eine Verneinung des Klaggrundes liege.

Was nun die Frage betrifft, ob ein unter einer auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Endtermins errichtetes Rechtsgeschäft ein einheitliches sei oder sich aus einem Haupt- und einem Nebengeschäfte zusammensetze, so habe ich mich darüber schon im vorigen Paragraphen ausgesprochen. Ich bin der Ansicht, daß hier zwei Rechtsgeschäfte, ein Haupt- und ein Nebengeschäft, vorliegen, von denen das erstere auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses und das letztere auf dessen Wiederaufhebung gerichtet ist. Ebenso muß ich der Behauptung, daß jene beiden Willenserklärungen nicht von einander ge-

trennt werden und nicht verschiedenen Schicksalen unterliegen könnten, entgegentreten. Das Nebengeschäft setzt natürlich immer ein Hauptgeschäft voraus und steht in Beziehung zu dem letzteren. Im Uebrigen sind aber beide Geschäfte von einander unabhängig. So kann z. B. ein unter Beifügung einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins abgeschlossener Pachtvertrag in wesentlichen Punkten abgeändert werden, z. B. durch Ausdehnung desselben auf weitere, dem Verpächter gehörige Grundstücke oder durch Erhöhung oder Herabsetzung des jährlich zu zahlenden Pachtgeldes, ohne daß dies irgend einen Einfluß auf die Nebenbestimmung in Betreff der Resolutivbedingung oder des Endtermins äußert. Umgekehrt kann die Resolutivbedingung aufgehoben oder durch eine andere ersetzt oder der Endtermin weiter hinausgeschoben werden, ohne daß dadurch an dem wesentlichen Inhalte des Pachtvertrags, an den das Pachtgeld und den Pachtgegenstand betreffenden Bestimmungen etwas geändert wird.

Wie nun der Beklagte ohne Zweifel beweispflichtig ist, wenn er behauptet, ein Vertrag sei durch anderweites Uebereinkommen gelöst worden, so trifft ihn auch die Beweislast, wenn er vorbringt, es sei dem Vertrage alsbald ein an den Eintritt eines künftigen — gewissen oder ungewissen — Ereignisses geknüpfter Nebenvertrag über die Auflösung des Hauptvertrags beigefügt worden. Beide Fälle stehen sich in prozessualischer Hinsicht ganz gleich, für beide ist der Grundsatz maßgebend, daß der Kläger die Entstehung des Rechtsverhältnisses, die rechtserzeugende Thatsache, der Beklagte aber die Wiederaufhebung des Rechtsverhältnisses, die rechtsvernichtende Thatsache, zu beweisen hat.

Nach den Motiven soll es genügen, daß derjenige, der aus der Thatsache der Erfüllung der auflösenden Bedingung oder aus der Thatsache des Eintrittes des Endtermines Rechte herleitet, diese Thatsache beweisen muß. Darauf muß ich entgegnen, daß Niemand aus der Thatsache der Erfüllung der auflösenden Bedingung allein oder aus der Thatsache des Eintrittes des Endtermines allein ein Recht herleiten kann. Das fragliche Recht gründet sich zunächst und hauptsächlich auf das dem Hauptgeschäfte beigefügte Nebengeschäft, nach welchem das Rechtsverhältniß bei dem Eintritte eines gewissen oder ungewissen Ereignisses aufgehoben sein soll. Aus diesem Nebengeschäfte und dem Eintritte des Ereignisses, an welches das erstere geknüpft ist,

nicht aus dem Eintritte des Ereignisses allein leitet der Beklagte sein Recht her.

Nicht anders, als mit der auflösenden Bedingung und dem Endtermine, verhält es sich mit dem Anfangstermine. Auch die Beifügung eines Anfangstermins kann nur zu den Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts gezählt werden. Dies geht schon daraus hervor, daß der Anfangstermin nicht, wie die Suspensivbedingung, die Entstehung des Rechts selbst, sondern nur dessen Geltendmachung hinausschiebt. Der Anfangstermin ist nichts weiter als eine dem Schuldner gewährte Frist, also eine zu Gunsten des Schuldners getroffene Nebenbestimmung, die von diesem bewiesen werden muß, mag sie nun dem Hauptgeschäfte gleich bei Errichtung desselben oder erst nachträglich beigefügt worden sein. Auch hier, wie in allen derartigen Fällen, können Haupt- und Nebengeschäft getrennt behandelt werden und verschiedenen Schicksalen unterliegen. So kann z. B. die Hauptschuld durch Zurechnung der Zinsen erhöht oder durch Abschlagszahlung oder theilweisen Erlaß vermindert werden, auf die dem Schuldner gewährte Frist äußern diese Veränderungen nicht den geringsten Einfluß. Umgekehrt kann die Frist verkürzt oder verlängert oder vom Schuldner auf dieselbe verzichtet werden, ohne daß das Schuldverhältniß selbst davon berührt wird.

Auch der Entwurf erkennt in § 141 an, daß die Beifügung eines Anfangstermins nicht die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts, sondern nur dessen Geltendmachung hinausschiebe, sofern nicht aus dem Inhalte des Rechtsgeschäfts erhelle, daß die rechtliche Wirkung erst mit dem Anfangstermine eintreten solle. Damit steht die Bestimmung des § 196, wonach die Behauptung, dem Rechtsgeschäfte sei ein Anfangstermin beigefügt, als ein Leugnen des Klaggrundes angesehen werden soll, nicht in Einklang. Man hätte doch wenigstens zwischen dem Falle, wenn der Anfangstermin sich bloß auf die Ausübung des Rechts bezieht, und dem Falle, wenn er sich auf das Recht selbst bezieht, unterscheiden sollen. Aber selbst in dem letzteren Falle würde nach allgemeinen Grundsätzen der Beklagte die Beifügung des Anfangstermins als eine rechtshindernde Thatsache zu beweisen haben.

Die Bestimmung des § 196 des Entwurfes ist, insoweit sie von der auflösenden Bedingung und den Zeitbestimmungen handelt, um so bedenklicher, als sie consequenter Weise auch auf andere Nebenbestimmungen ähnlicher Art angewendet werden müßte. Sie entspricht, wie in den

Motiven betont wird, der französischen Jurisprudenz, wie solche sich auf Grund des code civil art. 1356 entwickelt hat. Dagegen ist sie mit § 262 der deutschen Civilprozeßordnung Abs. 1, durch welchen gerade die sehr weit gehende Doctrin des französischen Rechts von der Untheilbarkeit des Geständnisses beseitigt werden sollte (vgl. oben § 31), nicht wohl in Einklang zu bringen. Ohne Zweifel wird der Inhalt des § 196 des Entwurfes, insoweit er der herrschenden Meinung widerspricht, einer nochmaligen sorgfältigen Prüfung unterworfen werden. Meines Erachtens bedarf der Satz: „— auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise — errichtet worden sei", eines beschränkenden Zusatzes, der etwa dahin lauten könnte: „sofern es sich um eine wesentliche Bestimmung des Rechtsgeschäfts, nicht um bloße Nebenbestimmungen handelt; zu den wesentlichen Bestimmungen gehört insbesondere auch die Beifügung einer aufschiedenden Bedingung, nicht aber die Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Anfangs- oder Endtermins". Es wäre zu beklagen, wenn die Auffassung, die in der deutschen Wissenschaft zeither fast ohne Widerspruch gegolten und sich auch in der Praxis durchaus bewährt hat, einer, wie mir wenigstens scheint, einseitigen französischen Doctrin zu Liebe aufgegeben werden sollte.

§ 36. Condictio indebiti.

Einer besonderen Besprechung bedarf noch die Beweislast bei den Klagen auf Zurückgewährung des ohne Rechtsgrund Empfangenen (Condictionen), und zwar bei der condictio indebiti und bei der condictio causa data causa non secuta, denn die übrigen Condictionen geben in dieser Beziehung zu Zweifeln keinen Anlaß.

Was nun die condictio indebiti und die Beweislast bei derselben betrifft, so enthält das römische Recht, insbesondere l. 25 D. de prob. 22, 3 ganz specielle Vorschriften, hinsichtlich deren auf die Lehrbücher der Pandekten verwiesen werden kann.

Die in Rede stehende Klage hat das Eigenthümliche, daß bei ihr nicht demjenigen, der eine Schuldverbindlichkeit behauptet, sondern dem, der die Nichtschuld behauptet, der Beweis obliegt. Diese Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen findet darin ihre Rechtfertigung, daß wer eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit

bewirkt, damit das Bestehen der Verbindlichkeit ausdrücklich oder doch thatsächlich anerkennt. Diese Anerkennung von Seiten des Leistenden überhebt den Empfänger des Beweises seiner Forderung, so daß nunmehr dem Leistenden der Beweis des Gegentheils obliegt.

Daran kann auch nach dem früher (§ 3) Gesagten der Umstand nichts ändern, daß die Behauptung des Nichtschuldigseins eine Negative ist. Der Beweis einer Negative ist keineswegs unmöglich, zumal da er unter Umständen auch indirect durch den Beweis einer entgegenstehenden Affirmative geführt werden kann. Eine solche Affirmative ist z. B. die Behauptung, daß die Schuld bereits getilgt gewesen oder daß aus Versehen zwei Rechnungen über eine und dieselbe Schuld bezahlt worden seien.

Aber die Thatsache, daß der Kläger das, was er leistete, nicht schuldig war, reicht noch nicht zur Begründung des Rechts, das Geleistete zurückzufordern, hin. Denn wer wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, auf den findet die Rechtsregel Anwendung donari videtur, quod nullo jure cogente datur. Es fragt sich nur: Gehört zum prozessualischen Klaggrunde die Behauptung, daß der Kläger aus Irrthum gehandelt habe, oder hat der Beklagte einredeweise geltend zu machen, daß der Kläger zur Zeit der Leistung von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit Kenntniß gehabt habe? Diese Frage ist, wie schon gesagt, bestritten, indessen ist die Mehrzahl der Schriftsteller [1]) der Ansicht, daß der Irrthum zum Klaggrunde gehört, und, wie mir scheint, mit Recht.

Vor Allem kommt in Betracht, daß nicht jeder Irrthum, sondern nur ein entschuldbarer, also jedenfalls nur ein factischer Irrthum, kein Rechtsirrthum, das Rückforderungsrecht begründet. Schon hiernach ist anzunehmen, daß der Kläger einen Irrthum und zwar einen error facti nachzuweisen habe. Dazu kommt noch, daß in einigen Quellenaussprüchen der Beweis des Irrthums ausdrücklich verlangt wird. In l. 25 pr. D. de prob. 22, 3 heißt es am Schlusse: et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per

---

[1]) Mühlenbruch Pand. § 378, Savigny Syst. d. h. röm. R. Bd. III S. 454, Puchta Pand. § 309, Vorles. Bd. II S. 157 Nr. 2, Vangerow Leitf. Bd. III S. 373 Nr. II, Sintenis Civilr. Bd. II S. 525, Römer Beweislast hins. d. Irrthums S. 56 fg., Unger Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II S. 456 Note 22, Windscheid Voraussetzung S. 193 fg. Anderer Meinung ist namentlich Wächter Handb. Bd. II S. 128 Note 37.

dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum sit, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. In l. 6 C. de cond. ind. 4, 6 ferner heißt es: Si per ignorantiam facti non debitam solutam quantitatem pro alio solvisti et hoc adito rectore provinciae fuerit probatum, hanc ei, cujus nomine soluta est, restitui eo agente providebit. Damit stimmt § 1 J. de except. 4, 13 überein.

Obgleich nun hiernach die Behauptung eines Irrthums zum Klaggrunde gehört, so bedarf doch diese Behauptung regelmäßig keines besondern Beweises, weil, wenn festgestellt ist, daß keine Verbindlichkeit bestand, damit in den meisten Fällen auch der Beweis des Irrthums geführt ist. Vorausgesetzt wird nämlich bei der condictio indebiti immer, daß die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit bewirkt und dies entweder ausdrücklich erklärt wurde oder doch aus den Umständen zu entnehmen war, also stillschweigend erklärt wurde. Nach einem allgemeinen Grundsatze (§ 14) ist aber Jedermann berechtigt, zu verlangen, daß in Rechtsangelegenheiten seine Erklärung von dem ihm Gegenüberstehenden als ernstlich gemeint behandelt werde. Wenn sich also später herausstellt, daß die Erklärung, die Leistung werde zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit bewirkt, der Sachlage nicht entsprach, so bleibt, da die Annahme, die Erklärung sei nicht ernstlich gemeint gewesen, ausgeschlossen ist, nur die Annahme übrig, daß die Erklärung auf einem Irrthum beruht habe. Wenn ferner thatsächliche Beweisgründe für die Nichtschuld beigebracht werden, so berechtigt dies zu dem ferneren Schlusse, daß kein bloßer Rechtsirrthum, sondern ein factischer Irrthum vorlag.

Ein quellenmäßiges Beispiel ist der Fall, daß ein Erbe ein Vermächtniß ganz auszahlt, ohne von seiner Befugniß, die quarta Falcidia abzuziehen, Gebrauch zu machen. Er kann das zuviel Gezahlte zurückfordern, wenn er sich in einem entschuldbaren Irrthum befand. L. 9 C. ad leg. Falc. 6, 50:

> Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens, se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet; quin etiam, si jus ignoraverit, cessat repetitio.

Dasselbe steht, nur ausführlicher, in einem in l. 9 § 5 D. de

juris et facti ignorantia 22, 6 mitgetheilten Kaiserrescripte. Es fragt sich nun, wie in diesem Falle ein entschuldbarer Irrthum dargethan werden soll. Nach der oben entwickelten Ansicht wird es genügen, wenn der Erbe beweist, er habe erst nach Auszahlung des Vermächtnisses von dem Nachlaßbestande Kenntniß erlangt und sich dabei überzeugt, daß ihm nicht der vierte Theil der Erbschaft übrig geblieben sei. Damit ist gleichzeitig die Nichtschuld und der Irrthum erwiesen. Dem Beklagten steht natürlich der Gegenbeweis zu, daß der Kläger schon vor Auszahlung des Vermächtnisses den Nachlaßbestand gekannt habe. Aus dieser Thatsache würde zu folgern sein, daß der Kläger entweder wissentlich oder aus Unkenntniß des Rechts eine Nichtschuld bezahlt habe.

In Uebereinstimmung damit steht, was Windscheid, Pandektenr. Bd. II § 426 sagt: „Der Beweis des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit wird durch den Beweis der (factischen oder juristischen) Nichtexistenz derjenigen Thatsachen erbracht, auf Grund deren das Bestehen der Verbindlichkeit angenommen worden ist. Dabei ist der Richter regelmäßig auch in der Lage, zu entscheiden, ob es dem Kläger erlaubt war, sich in Betreff dieser Thatsachen in einem Irrthum zu befinden; hängt die Entschuldbarkeit des Irrthums noch von einer weiteren, nicht feststehenden Thatsache ab, so muß der Kläger auch diese beweisen. Dagegen braucht der Kläger den Beweis des Irrthums selbst nicht zu führen."

Der Entwurf eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich vereinfacht die Sache wesentlich, indem er erstens zwischen dem factischen Irrthum und dem Rechtsirrthum keinen Unterschied macht und zweitens dem Kläger nur den Beweis des Nichtbestehens der vorausgesetzten Verbindlichkeit, dem Beklagten dagegen den Beweis, daß der Kläger von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit Kenntniß gehabt habe, auferlegt. § 737 Abs. 1 lautet: „Wer zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Verbindlichkeit nicht bestanden hat, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern." Abs. 4 ferner lautet: „Hatte der Leistende zur Zeit der Leistung Kenntniß davon, daß die Verbindlichkeit nicht bestand, so ist die Rückforderung ausgeschlossen."

In den Motiven Bd. II S. 833 wird u. a. der Streitfrage in Betreff des Beweises des Irrthums gedacht und hierzu bemerkt, der Entwurf entscheide die Frage aus Rücksichten der praktischen Ange-

messenheit und Zweckmäßigkeit dahin, daß der besondere Beweis des Irrthums dem Condicenten erlassen, vielmehr die Condiction als ausgeschlossen erachtet werde, wenn der Condicent zur Zeit der Leistung Kenntniß von der Nichtexistenz der Forderung hatte. Diese Kenntniß habe der Empfänger erforderlichenfalls zu beweisen.

§ 37. Condictio causa data causa non secuta.

Die im vorstehenden Paragraphen entwickelten Grundsätze finden auf alle Fälle Anwendung, wo eine Leistung zurückgefordert wird wegen Ermangelung einer auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Voraussetzung.[1]) Einer andern Beurtheilung unterliegen die Fälle, wo eine Leistung wegen Ermangelung einer auf die Zukunft gestellten Voraussetzung zurückgefordert wird. Die Klage, die hier stattfindet, ist die condictio causa data causa non secuta (auch condictio ob rem datorum oder ob causam datorum genannt).

Die Quellen enthalten zahlreiche Beispiele, von denen ich hier nur folgende anführe: Leistung eines Beitrags zur Errichtung eines Denkmals, sofern die Ausführung unterbleibt (l. 11 D. de cond. causa data etc. 12, 4); Vorausbezahlung des Miethgeldes, wenn hinterher dem Vermiether die Gewährung des Gebrauchs ohne seine Schuld unmöglich wird (l. 9 § 4, l. 19 § 6, l. 30 § 1, l. 33 D. loc. 19, 2); Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses in Erwartung eines Darlehns (l. 7 C. de non num. pec. 4, 30, l. 3 C. de post. 2, 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4, 9); Bestellung einer dos vor Abschluß der Ehe (l. 7 § 1, l. 10 D. h. t.); Schenkung unter Brautleuten (l. 15, 16 C. de don. ante nuptias 5, 3).

Sehr streitig ist, ob hier der Kläger die Nichterfüllung der Voraussetzung oder der Beklagte deren Erfüllung zu beweisen hat.

Bei der Beantwortung dieser Frage muß man meines Erachtens davon ausgehen, daß nach dem erklärten Willen des Gebers und des Empfängers der erwartete künftige Erfolg den Verpflichtungsgrund für den Geber und den Erwerbsgrund für den Empfänger bilden soll. Solange also jener Erfolg nicht eingetreten ist, liegt auf Seiten des Empfängers eine grundlose Bereicherung vor, die das Fundament der

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. II § 426 Note 27.

Condiction ist. Erst wenn die Voraussetzung sich erfüllt, erwirbt der Empfänger ein Recht auf das ihm Geleistete. Wie Jemand eine ihm für den Fall seiner Verheirathung versprochene dos nicht eher verlangen kann, als bis die Heirath zu Stande gekommen ist, so wird auch die im Voraus gegebene dos erst wirklich erworben, wenn die Heirath zu Stande kommt. Das so erworbene Recht aber ist nach allgemeinen Grundsätzen über die Anführungs- und Beweislast der Klage gegenüber einredeweise geltend zu machen. Demzufolge hat nicht der Kläger die Nichterfüllung der Voraussetzung, sondern der Beklagte deren Erfüllung zu behaupten und nöthigenfalls zu beweisen.[1])

Weiter fragt es sich, wie die Beweislast zu vertheilen ist, wenn der Beklagte behauptet, es sei noch unentschieden, ob die Voraussetzung sich erfüllen werde oder nicht. Auch in diesem Falle trifft meines Erachtens die Beweislast den Beklagten. Das Klagfundament nämlich ist, wie schon angegeben, das von vornherein grundlose Haben auf Seiten des Beklagten. Der Zustand des Schwebens der Voraussetzung aber giebt dem Beklagten das Recht, das Empfangene vorläufig noch zu behalten, und muß daher im Bestreitungsfalle von dem Beklagten bewiesen werden. Wenn Windscheid [2]) behauptet, der Rückfordernde müsse den Eintritt der Entscheidung beweisen, wenn von der Gegenseite behauptet werde, daß die Voraussetzung noch schwebe, so kann ich ihm hierin nicht unbedingt beipflichten. Zunächst hat der Beklagte darzulegen, daß der Zustand der Unentschiedenheit noch fortdauere, denn er gründet darauf sein Recht, das Empfangene vorerst noch zu behalten, und die Fortdauer eines factischen Zustandes muß von demjenigen, der sich darauf beruft, nachgewiesen werden (§ 3). Die Beweislast also trifft den Beklagten, nicht den Kläger. Dem Kläger aber bleibt natürlich der s. g. directe Gegenbeweis nachgelassen, dahin gehend, daß die Voraussetzung sich nicht erfüllt habe resp. daß die Erfüllung derselben unmöglich geworden sei.

---

[1]) Dieser Ansicht sind Heffter zu Weber Beweisführung S. 237, Windscheid Voraussetzung S. 189 fg. u. krit. VJSchr. I S. 122 fg., Bähr Anerkennung S. 64 fg., Wetzell Syst. § 15 Note 17. Entgegengesetzter Meinung sind Bethmann-Hollweg Versuche S. 341, Erxleben die condictiones sine causa II. Abth. 1853 S. 499 fg., Witte Bereicherungsklagen S. 169 fg. u. krit. VJSchr. VI S. 376—379, Schlesinger Formalcontracte S. 209 fg., Langenbeck Beweisführung S. 351 fg.

[2]) Pand. Bd. II § 429.

Die Sache vereinfacht sich in dem Falle, wenn ausbedungen ist, daß die Voraussetzung innerhalb einer bestimmten Frist erfüllt werde. Ein solcher Fall ist in l. 3 D. de cond. causa data 12, 4 entschieden:

Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeterierit, inhibenda erit repetitio.

Die Klage darf hier vor Ablauf der Frist nicht erhoben werden. Wird sie aber nach Ablauf der Frist erhoben, so hat der Beklagte nachzuweisen, daß er die von ihm vorzunehmende Handlung rechtzeitig vorgenommen habe.

Der Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich behandelt den „Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges" in den §§ 742–744, läßt aber die Frage nach der Beweislast offen. Die Motive S. 843 enthalten nur die kurze Bemerkung: „Die viel bestrittene Frage, wie es bei der condictio ob rem mit der Beweislast sich verhalte, im Gesetze zu entscheiden, ist weder nöthig, noch angemessen. Die Entscheidung muß der Wissenschaft überlassen bleiben."

§ 38. Zur Abwehr.

Die leitenden Gedanken, von denen ich bei der gegenwärtigen Darstellung der Lehre vom Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast ausgegangen bin, liegen schon meiner Abhandlung über denselben Gegenstand vom Jahre 1856 (Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII Heft 1 und 2) zu Grunde. Schon damals habe ich auf den Zusammenhang unserer Lehre mit der Verhandlungsmaxime hingewiesen (§§ 1, 2 und 10) und mich gegen die ältere Theorie, welche die wichtigsten Regeln der Beweislast auf angebliche Vermuthungen für oder gegen gewisse Thatsachen zurückführte, auf das entschiedenste ausgesprochen (§§ 12, 15 am Schlusse, 16 und 23). Letzteres ist u. a. von Burckhard in seinem Werke über die Präsumtionen S. 55 anerkannt worden, indem er es hauptsächlich Borst (Beweislast 1816) und mir zum Verdienst anrechnet, von dem Begriff der Vermuthung nicht darunter Gehöriges ausgeschieden zu haben, und in gleichem Sinne hat sich Unger Syst. d. österr. allg. Privatr. Bd. II § 130 Note 12 ausgesprochen. Um so größer war mein Erstaunen, als ich fand, daß H. Gerber in seinen „Beiträgen zur Lehre vom Klaggrunde und

der Beweislast" mich zu den Anhängern der Präsumtionstheorie zählt. Er spricht S. 15 von „Versuchen, das desiderirte Princip rein aus den Gesetzen der Logik und dem richterlichen Schlußfolgerungsrechte zu entwickeln", Versuchen, die „auf nichts weiter, als auf unbegründete Vermuthungen hinauslaufen" sollen, und fährt S. 16 unter Bezugnahme auf § 8 meiner oben erwähnten Abhandlung fort: „Und wenn neuerlich gesagt worden ist, der Schluß auf das Entstandensein müsse nach einem einfachen Gesetze der Logik so lange anerkannt werden, als nicht ein neuer Umstand hinzutrete, der einen Schluß anderer Art rechtfertige, so ist damit unserer Sache nichts geholfen. Denn zugegeben, daß das Entstandensein eine, wenn auch noch so geringe, Fortdauer nach den Gesetzen der Natur immer bedinge, so erlaubt diese Wahrheit nach den Gesetzen der Logik doch immer bloß einen Schluß darauf, daß irgend eine Fortdauer in der Vergangenheit als abgeschlossene Thatsache stattgefunden habe. Ein Schluß auf den der Gegenwart angehörigen Begriff der Fortdauer ist hier weder durch innere Vernunftgründe, noch durch positive Gesetze geboten oder gerechtfertigt."

Ich gestehe, daß ich über das nach Gerber's Angabe von mir entdeckte, mir selbst aber völlig unverständliche Gesetz der Logik nicht wenig betroffen war und anfangs glaubte, es habe sich ein Druckfehler in meine Abhandlung eingeschlichen. Dies ist jedoch nicht der Fall, es handelt sich vielmehr um eine sehr ungenaue Wiedergabe und eine fürwahr unbegreifliche Mißdeutung meiner Worte Die betreffende Stelle lautet nämlich vollständig, wie folgt:

„Ist ein Schluß auf das Entstandensein eines Rechtsverhältnisses einmal begründet, so muß dieser Schluß nach einem einfachen Gesetze der Logik so lange anerkannt werden, als nicht ein neuer Umstand hinzutritt, der einen Schluß entgegengesetzter Art rechtfertigt und dadurch jenen früheren Schluß beseitigt. Eine rechtserzeugende Thatsache begründet also nicht bloß einen Schluß auf die Entstehung eines Rechtsverhältnisses, sondern auch einen Schluß auf die Fortdauer desselben bis zum Eintritt einer rechtsvernichtenden Thatsache."

Ich habe also etwas ganz Anderes gesagt, als was mir von Gerber untergeschoben worden ist. Ich habe nicht von einem Entstandensein im Allgemeinen, sondern nur von der Entstehung von Rechtsverhältnissen, und auch nicht von einer gegenwärtigen Fortdauer derselben,

sondern nur von der Fortdauer bis zum Eintritt einer rechtsvernichtenden Thatsache gesprochen. Es handelte sich dabei um eine nähere Bestimmung des aus der Verhandlungsmaxime abgeleiteten Princips, nach welchem jede Partei die für sie vortheilhaften Thatsachen zu behaupten und eventuell zu beweisen hat. Das Prädicat „vortheilhaft" ist an sich zu allgemein, indem es auch auf die diejenigen Thatsachen paßt, die nur zur Widerlegung der thatsächlichen Behauptungen des Gegners, also zum Gegenbeweise dienen. Die Behauptungs- und Beweislast aber beschränkt sich auf die im Rechtssinne vortheilhaften Thatsachen, d. h. auf diejenigen, die eine für die Partei günstige rechtliche Schlußfolgerung ergeben. Es sind dies für den Kläger die rechtserzeugenden, für den Beklagten die rechtsvernichtenden und rechtshindernden Thatsachen. Darum braucht der Kläger nur einen rechtserzeugenden Thatbestand geltend zu machen. Der dadurch begründete Schluß auf die Existenz eines Rechtsverhältnisses muß nach den Regeln der Rechtslogik so lange anerkannt werden, als nicht eine — von dem Beklagten zu erbringende rechtsvernichtende oder rechtshindernde — Thatsache vorliegt, die einen Schluß entgegengesetzter Art rechtfertigt und dadurch jenen früheren Schluß beseitigt. Dies ist in aller Kürze der Inhalt des oben angeführten Satzes — § 8 unter I — in Verbindung mit dem darauf folgenden Satze II (S. 25 und 26 meiner Abhandlung vom Jahr 1856). Nicht unerwähnt will ich lassen, daß einer der bedeutendsten Rechtsgelehrten unserer Zeit, Unger, den in Rede stehenden Satz nicht nur ausdrücklich gebilligt, sondern ihn auch zu dem seinigen gemacht hat, indem er ihn in seinem Syst. d. österr. Privatr. Bd. II § 123 Note 7 (4. Aufl. S. 460) und § 129 S. 568 fast wortgetreu wiederholt.

Durch Herausreißung aus dem Zusammenhange und Weglassung wesentlicher Worte ist nun der Sinn meiner Worte nicht nur entstellt, sondern in baren Unsinn verkehrt worden, ein Verfahren, das ich unter allen Umständen für unzulässig halte, wenn ich auch als selbstverständlich voraussetze, daß hier ein Mißverständniß zu Grunde liegt. Noch befremdender aber, als dieses Verfahren, sind die von Gerber gegen meine Aeußerung vorgebrachten Gründe. Was in aller Welt haben die Naturgesetze mit den Rechtsverhältnissen und ihrer Fortdauer zu thun? Und inwiefern sollen die Gesetze der Logik dem bis jetzt unbestrittenen Satze widersprechen, daß ein Rechtsverhältniß so lange fortbesteht, bis ein Ereigniß eintritt, das nach gesetzlicher Bestimmung die

Aufhebung des Rechtsverhältnisses herbeiführt? Wie Gerber auf den Einfall gekommen ist, die Gesetze des Denkens nicht nur, sondern auch die Naturgesetze herbeizuziehen, war mir unerklärlich, bis ich zufällig in Langenbeck's Werk über die Beweisführung S. 262 fg. eine Stelle fand, die mir das Räthsel löste. Diese Stelle gleicht nämlich der Gerber'schen Aeußerung in auffallender Weise, wie die nachersichtliche Nebeneinanderstellung beider zeigt.

Langenbeck.

„Will man indeß einmal zugeben, daß etwas, was entstanden ist, eine, wenn auch noch so geringe, Fortdauer nach den Gesetzen der Natur bedinge, so kann man logisch hieraus doch nicht mehr folgern, als daß irgend eine Fortdauer desjenigen, dessen Entstandensein gewiß ist, in der Vergangenheit Statt gefunden habe; keineswegs würde sich ein Schluß auf den der Gegenwart angehörigen Begriff der Fortdauer rechtfertigen."

Gerber.

„Zugegeben, daß das Entstandensein eine, wenn auch noch so geringe, Fortdauer nach den Gesetzen der Natur immer bedinge, so erlaubt diese Wahrheit nach den Gesetzen der Logik doch immer bloß einen Schluß darauf, daß irgend eine Fortdauer in der Vergangenheit als abgeschlossene Thatsache Statt gefunden habe; ein Schluß auf den der Gegenwart angehörigen Begriff der Fortdauer ist hier weder durch innere Vernunftgründe noch durch positive Gesetze geboten oder gerechtfertigt."

Das Sprüchwort sagt nun zwar: „Große Geister begegnen sich", allein die fast wörtliche Uebereinstimmung, die sich selbst auf stylistische Eigenthümlichkeiten (z. B. „ein Schluß auf den der Gegenwart angehörigen Begriff der Fortdauer" anstatt „ein Schluß auf die gegenwärtige Fortdauer") erstreckt, läßt keine andere Erklärung zu, als daß Gerber jene Stelle aus dem kurz zuvor erschienenen Werke Langenbeck's entlehnt hat, und zwar ohne zu prüfen, ob sie sich auch für seinen Zweck eigne. Denn so zutreffend der Hinweis auf die Gesetze der Logik und die Naturgesetze bei Langenbeck ist, der diesen Hinweis als Argument gegen die von Schneider aufgestellte Ver-

muthung für die Fortdauer factischer Zustände gebraucht, so unzutreffend ist er in der Anwendung, die Gerber davon macht.

Wenn es sich bloß um eine abfällige Kritik meiner Arbeit handelte, würde ich kein Wort verloren haben. Aber gegen eine sinnentstellende Wiedergabe meiner Worte und gegen die Unterschiebung einer Tendenz, die der meinigen geradezu entgegengesetzt ist, mußte ich mich verwahren, schon um künftigen ähnlichen Mißverständnissen vorzubeugen. Weit entfernt, die veraltete Präsumtionstheorie wieder zur Geltung bringen zu wollen, habe ich dieselbe, wie schon gesagt, auf das entschiedenste bekämpft. Auch habe ich das Princip der Beweislast nicht „rein aus den Gesetzen der Logik und dem richterlichen Schlußfolgerungsrechte" (womit übrigens jene Theorie gar nichts zu thun hat), sondern, wie aus den §§ 1, 2 und 10 meiner mehrgedachten Abhandlung klar zu ersehen ist, aus der Verhandlungsmaxime abgeleitet. Ich glaube behaupten zu dürfen, daß dem dort Gesagten gegenüber die von Gerber § 6 S. 21 gegebene „theoretisch-praktische Entwickelung des Princips" durchaus nichts Neues enthält.

Anhang.

Ueber das Verhältniß der Exceptionen des römischen Rechts zu den Einreden im heutigen Sinne des Wortes.

I. Die Exceptionen zur Zeit des ordo judiciorum.

Die große Meinungsverschiedenheit, der wir in der Lehre von den Einreden begegnen, ist hauptsächlich dem Umstande zuzuschreiben, daß man lange Zeit hindurch den römischen Begriff der Exceptionen mit dem aus dem neueren Prozeßrechte hervorgegangenen Einredebegriff für identisch hielt und folgeweise bemüht war, den letzteren Begriff aus dem römischen Rechte zu erklären und die römischen Aussprüche über die Exceptionen den Einreden in der heutigen prozessualischen Bedeutung des Wortes anzupassen. Erst die neueren kritischen Forschungen haben über die Natur der römisch rechtlichen Exceptionen, sowie über deren ursprüngliche prozessualische Bedeutung ein helleres Licht verbreitet. Ein kurzer Hinweis auf die Ergebnisse dieser Forschungen erscheint daher als unerläßlich.

Die exceptio im altrömischen Sinne des Wortes verdankt ihre Entstehung der lex Aebutia, durch welche anstatt des älteren Prozeßverfahrens der legis actiones oder doch neben demselben ein anderes Verfahren, der s. g. Formularprozeß, eingeführt wurde. Die genannte lex wurde zu einer Zeit gegeben, als in den Rechtsanschauungen der Römer ein großer Umschwung eingetreten war. Das altrömische Recht, das jus civile, das im Zwölftafelgesetz seinen Ausdruck fand, hatte sich in einer Periode gebildet, in welcher das römische Volk noch auf einen kleinen Landbezirk beschränkt war und in streng nationaler Ab-

geschlossenheit lebte. Als dann die Römer ihr Gebiet durch Eroberungen erweitert hatten und mit auswärtigen Völkern in mannigfaltigen Verkehr getreten waren, genügten die engen Grenzen und starren Formen des jus civile den veränderten Verhältnissen und dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein nicht mehr. Man empfand das Bedürfniß, die Rechtspflege mit den Anforderungen der Billigkeit oder des natürlichen Rechts, der aequitas oder naturalis ratio, und den bei andern Völkern herrschenden Rechtsanschauungen, dem jus gentium, in Einklang zu bringen. Gleichwohl trug man, sei es nun aus Anhänglichkeit an das Althergebrachte oder aus politischen Gründen, Bedenken, das bestehende Recht auf dem directen Wege der Gesetzgebung zu ändern. Man versuchte daher dem Bedürfnisse auf indirectem Wege abzuhelfen. Es galt, „die Anforderungen der Gegenwart mit den Traditionen der Vergangenheit zu vermitteln, ersteren gerecht zu werden, ohne nach Form und Inhalt mit den Ueberlieferungen der Vorzeit zu brechen.“ [1]) Um diese Aufgabe zu lösen, fanden die Römer mit dem ihnen eigenen Takte ein Mittel, das, obgleich mit unseren heutigen Anschauungen unverträglich, sich vortrefflich bewährte und für die allmähliche und stetige Fortbildung des römischen Rechts von der größten Bedeutung war. Man ertheilte nämlich durch die lex Aebutia den Magistraten die Befugniß, den Rechtsuchenden nach freiem Ermessen Klagen und Vertheidigungsgründe zu gewähren, die dem jus civile unbekannt waren, und so dem neuen Zeitgeiste Rechnung zu tragen. Zu diesem Zwecke diente die formula, nach welcher das Verfahren den Namen Formularprozeß erhalten hat. In dieser bestellte der Prätor für jeden einzelnen Rechtsfall einen Richter und gab demselben unter Zusammenfassung der Streitpunkte (per concepta verba) eine Anweisung, wie er je nach dem Ergebnisse seiner Untersuchung (si paret — si non paret) entscheiden sollte.

Die exceptio bildete einen Zusatz der Formel, mittels dessen der Prätor für den Beklagten Vertheidigungsmomente zulassen konnte, die im jus civile nicht gegründet waren. Bediente sich der Beklagte nur solcher Einwendungen, die sich auf das Civilrecht gründeten, so lautete die Formel z. B. so: Octavius judex esto. Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere, judex N. N.

---

[1]) Ihering Geist des röm. R. Thl. I Buch I S. 308. Vgl. Mommsen Röm. Geschichte Bd. I S. 406 Note **).

A. A. decem condemnato, si non paret, absolvito. Berief sich dagegen der Beklagte auf einen Umstand, der nach dem Civilrechte nicht zu beachten war, dem Prätor aber aus Gründen der Billigkeit beachtenswerth erschien, so erhielt die Formel einen Zusatz, der z. B. so lautete: ac si non convenit, ne ea pecunia peteretur. Dieser Zusatz wurde zwischen die intentio d. h. den Theil der Formel, der den Anspruch des Klägers enthielt (si paret. N. N. A. A. decem dare oportere) und die condemnatio eingeschaltet, so daß die ganze Formel lautete: Octavius judex esto. Si paret N. N. A. A. decem dare oportere, ac si inter eos non convenit, ne ea pecunia peteretur, judex N. N. A. A. decem condemnato, si non paret, absolvito.

Der zwischen die intentio und die condemnatio eingeschaltete Zusatz der Formel wurde darum exceptio genannt, weil er eine Ausnahme von der nach dem bestehenden Recht eintretenden Verurtheilung des Beklagten enthielt. So konnte, um bei dem gewählten Beispiel stehen zu bleiben, eine auf einem förmlichen Geschäft beruhende Obligation nach dem Civilrecht nicht durch einen einfachen Erlaßvertrag (pactum de non petendo), sondern nur in förmlicher Weise aufgehoben werden, eine verborum obligatio durch acceptilatio verbis, eine litterarum obligatio durch acceptilatio litteris. Um hier ein pactum de non petendo zur Geltung zur bringen, war der Schutz des Prätors (tuitio praetoris) erforderlich, und die Gewährung dieses Schutzes erfolgte durch die Aufnahme einer exceptio in die Formel. So konnte ferner nach dem Civilrecht ein Geschäft nicht wegen Betrugs oder Bedrohung angefochten werden. Nur der Prätor konnte Hülfe gewähren, indem er eine actio oder exceptio doli, eine actio oder exceptio metus zuließ.

Eine weitere Veranlassung zur Gewährung von Exceptionen gaben die leges imperfectae. Eine solche war z. B. die lex Cincia, welche die Schenkungen über ein gewisses Maß hinaus verbot, ohne zu erklären, daß derartige Schenkungen nichtig seien. Das Geschäft, das contra legem Cinciam geschlossen war, konnte nicht als ipso jure nichtig behandelt, der Anspruch des Klägers konnte nicht einfach verneint werden, dem Beklagten wurde daher durch eine exceptio legis Cinciae geholfen.[1])

Dagegen bedurfte es keiner Exception, wenn dem Beklagten ein

---

[1]) Puchta Instit. Bd. I § 80 S. 337.

civilrechtlicher Vertheidigungsgrund, wie Zahlung, Acceptilation, zur Seite stand. In solchem Falle mußte der judex, der auf das Civilrecht angewiesen war, schon nach der Schlußformel si non paret, absolvito freisprechen, denn der Anspruch war schon civilrechtlich ungültig.

Es war eine große Macht, die dem Prätor mit der Befugniß, neue Klagen und Vertheidigungsgründe zuzulassen, eingeräumt wurde. Indessen konnte er diese Macht nicht wohl in willkürlicher Weise gebrauchen, da er nicht nur auf die öffentliche Meinung Rücksicht nehmen mußte, sondern auch verpflichtet war, beim Antritte seines Amtes die Grundsätze, die er zu befolgen gedachte, in einem Edicte bekannt zu machen. Das Edict hatte keine Gesetzeskraft, „der Prätor sprach darin nicht aus, was hinfort Recht sein solle (wozu er gar nicht befugt war), sondern was er als Recht ansehen und handhaben wollte, so daß er bloß seine eigene amtliche Thätigkeit voraus ankündigte".[1]) Indem nun aber die in den Edicten ausgesprochenen Grundsätze, sofern sie sich in der Praxis bewährten, aus einem Edict in das andere übergingen, bildete sich im Laufe der Zeit neben dem jus civile ein Gewohnheitsrecht, das ein wichtiger Bestandtheil des römischen Privatrechts wurde.

Die Quellen des Civilrechts hat Papinian in folgender Weise angegeben: Jus autem civile est, quod ex legibus plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.[2]) Das Verhältniß des prätorischen Rechts zum Civilrecht bezeichnet er mit den Worten: jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam.[3])

II. Die Exceptionen nach dem Untergange des ordo judiciorum.

Eine wichtige Aenderung mußte die Bedeutung der Exceptionen, abgesehen von ihrer prozessualischen Form, erleiden, als die prätorischen Satzungen, indem sie sich von einem Edict auf das andere vererbten, im Laufe der Zeit die Macht des Gewohnheitsrechts erlangten, also eigentliches jus wurden. Die eine Seite des Begriffs, wonach es von

---

[1]) Savigny Syst. Bd. III S. 117.

[2]) l. 7 pr. D. de just. et jure 1, 1.

[3]) l. 7 § 1 D. eod. Vgl. über das Bisherige Puchta Instit. Bd. I §§ 80—85 S. 333—369, Bd. II §§ 163—171 S. 100—178.

dem freien Ermessen des Prätors abhing, eine Exception zu gewähren oder zu verweigern, verlor sich. Die Exceptionen beruhten nicht mehr bloß auf der tuitio praetoris, sondern hatten nun eine ebenso feste juristische Basis, wie die Vertheidigungsgründe des jus civile. Der Beklagte, welchem ein im prätorischen Edict anerkannter Exceptionsgrund zur Seite stand, hatte jetzt im Voraus ein Recht auf Freisprechung.

Diese Umwandlung ging nach der Natur der Sache nur allmählich vor sich. Sie war zur Zeit des Unterganges des ordo judiciorum wahrscheinlich schon zur vollendeten Thatsache geworden. Mit der Aufhebung des ordo judiciorum hörten aber die Exceptionen auch in der oben (I) angegebenen Prozeßform auf. Während sie früher Bestandtheile der vom Prätor an den Judex erlassenen Formula bildeten, wurden sie nunmehr das, was sie auch bei uns sind, bloße Anträge an den obrigkeitlichen Richter.[1] Daher paßten auch die früher üblichen Ausdrücke exceptionem petere, postulare, dare, addere, reddere, denegare nicht mehr, man bezeichnete nun die Handlung des Beklagten, welcher die Exception geltend machte, durch opponere, objicere exceptionem.[2]

Obgleich hiernach die Exceptionen ihre ursprüngliche Bedeutung, wenigstens die prozessualische, verloren hatten und den übrigen selbständigen Vertheidigungsmitteln des Beklagten, den defensiones, gleichgestellt waren, so hielten doch die römischen Juristen an der Unterscheidung zwischen den des Klägers Anspruch ipso jure und den ihn ope exceptionis ausschließenden Umständen fest, und es wurde diese Unterscheidung auch in die Justinianische Compilation aufgenommen. Es entsteht daher die Frage, ob die in Rede stehende Unterscheidung unter den gänzlich veränderten Verhältnissen noch eine andere, als eine bloß rechtsgeschichtliche, Bedeutung behalten habe und welcher Art diese Bedeutung sei.

Die soeben erwähnten Fragen sind bis auf den heutigen Tag sehr bestritten. Es fehlt nicht an Schriftstellern, welche die Aufnahme der Lehre von den Exceptionen in die Justinianischen Rechtsbücher als „gedankenlose und bloß scheinbare Aufrechterhaltung eines untergegangenen Rechtsinstituts" ansehen, während Andere behaupten, daß der Ausdruck

---

[1]) Savigny Syst. Bd. V S. 166.

[2]) Savigny a. a. O. S. 166 Note n vgl. mit S. 163 Note g.

Exceptionen im Justinianischen Rechte eine wesentlich andere Bedeutung erlangt habe. Was die erstere Meinung anlangt, so ist es schon an sich sehr unwahrscheinlich, daß die römischen Juristen an dem Unterschiede zwischen der Ungültigkeit ipso jure und der Ungültigkeit ope exceptionis so beharrlich festgehalten haben würden, wenn dieser Unterschied nicht neben seiner geschichtlichen Bedeutung noch eine andere Bedeutung, sei es nun eine bloß theoretische oder auch eine praktische, gehabt hätte. Der letzteren Meinung aber (daß die Kunstausdrücke sich verändert hätten) steht die unbestreitbare Thatsache entgegen, daß nach wie vor alle Vertheidungsgründe, die aus dem alten Civilrecht stammen, z. B. Zahlung, Erlaß, als ipso jure d. h. ipso jure civili wirkend und alle, welche aus dem prätorischen Rechte und späteren Gesetzen stammen, als ope exceptionis wirkend bezeichnet werden.

Eine dritte Meinung geht dahin, daß in Folge der Aufhebung des ordo judiciorum nur eine Seite des Begriffs der Exceptionen untergegangen und eine andere Seite geblieben sei. Nach dem früher Gesagten hatten nämlich die Exceptionen im Gegensatze zu den ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründen folgende Eigenthümlichkeiten:

1. Die Exceptionsgründe beruhten nicht auf dem positiven Rechte, sondern auf dem Schutze des Prätors, einem Schutze, den der Prätor nach seinem freien Ermessen gewähren oder versagen konnte. Sie waren bloße Billigkeitsgründe, die erst dadurch, daß der Prätor eine exceptio in die formula aufnahm, und zwar jedesmal nur für den einzelnen concreten Fall rechtliche Bedeutung erlangten.

2. Hatte auch der Prätor dem Beklagten die erbetene exceptio ertheilt, so konnte doch diese nicht das Klagrecht selbst aufheben. Letzteres war ipso jure d. h. nach dem Civilrecht gültig, die exceptio vereitelte nur dessen Durchsetzung im Prozesse.

Von diesen beiden Eigenthümlichkeiten ging nun die erste gleichzeitig mit dem ordo judiciorum, wenn nicht schon früher, unter. Seitdem das jus praetorium Bestandtheil des positiven Rechts geworden war, hatten die Exceptionsgründe selbstverständlich dieselbe rechtliche Geltung, wie die ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe. Dagegen blieb die zweite Eigenthümlichkeit, obgleich sie mit der ersten in unverkennbarem Zusammenhange steht. Man hielt an dem Dogma fest, daß eine Exception *nicht den Anspruch selbst beseitige, sondern nur dessen Durchsetzung im Prozesse vereitele.*

Daß den Exceptionen diese Bedeutung noch im neuesten römischen Rechte zukommt, ist die Ansicht der ersten Autoritäten auf diesem Gebiete. So sagt Savigny[1]): „Mit dem Untergange des ordo judiciorum hörten auch die Exceptionen in der angegebenen Prozeßform auf. Sie waren nun nicht mehr ein Stück der vom Prätor abgefaßten, an den Judex gerichteten formula, sondern sie wurden das, was sie bei uns sind, bloße Anträge des Beklagten an den obrigkeitlichen Richter. Es ist jedoch irrig, wenn Manche annehmen, daß damit das innere Wesen der alten Exceptionen verschwunden oder auch nur wesentlich verändert worden wäre. Verschwunden war allerdings dasjenige, was an den Exceptionen der früheren Zeit lediglich dem Prozeß angehört hatte, also namentlich die verschiedene Macht, welche in Beziehung auf sie der Judex je nach den verschiedenen Arten der Klagen gehabt hatte. Dagegen blieben sie das, was sie von jeher gewesen waren, Vertheidigungen des Beklagten, auf selbständige Rechte desselben gegründet."

Damit stimmen im Wesentlichen die Worte Puchta's[2]) überein:

„Sehen wir auf den Inhalt der Exceptio, so bildet diesen ein Umstand, den der Beklagte der Klage entgegenzusetzen berechtigt ist, ein Umstand aber, der das Recht, welches der Kläger gegen den Beklagten geltend macht, nicht vernichtet, dessen Bedeutung also nicht die ist, das Recht als nie oder als jetzt wenigstens nicht vorhanden darzustellen, sondern diesem Recht nur seine Wirkung (wenigstens gegen den Beklagten), sei es für immer (bei den peremtorischen Einreden) oder für jetzt (bei den dilatorischen) zu entziehen. Z. B. die Stipulation, aus der Jemand die Forderung geltend macht, ist mit einem Wahnsinnigen geschlossen, dieser Umstand giebt dem Beklagten keine Exceptio, denn er bewirkt, daß die Stipulation nichtig ist. Hat dagegen der Gläubiger bei der Stipulation betrüglich gehandelt, so würde dasselbe gelten, wenn das Recht vorschriebe, daß eine Stipulation als Rechtsgeschäft ohne Abwesenheit des Dolus sich gar nicht denken lasse, dem ist aber nicht so; schützt daher der Betrug gegen die Wirkung der Stipulation, so geschieht dies nur durch Exceptio. Man kann dies auch so ausdrücken: die Wirkung des Rechts des Klägers wird durch ein ihr entgegenstehendes Recht des Beklagten gehemmt."

---

[1]) Syst. Bd. V S. 166.

[2]) Instit. Bd. II § 170 S. 165.

In gleicher Weise kennzeichnet Unger[1]) den Unterschied zwischen den ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründen, den Einreden im weiteren Sinne, und den Exceptionen oder den Einreden im engeren Sinne. „Die Umstände," sagt er, „welche unmittelbar (ipso jure) das Klagrecht in seinem Entstehen gehindert oder das entstandene wieder vernichtet haben, bilden den Stoff der Einreden (Einwendungen) im weiteren Sinne; die Umstände, welche auf das Klagrecht nur mittelbar wirken, indem sie dem Beklagten die rechtliche Möglichkeit gewähren, das an sich vorhandene Klagrecht anzugreifen und dessen gänzliche oder theilweise, dauernde oder zeitweise Unwirksamkeit herbeizuführen, bilden das Substrat der Einreden (Einwendungen) im engeren Sinne, der Exceptionen im technischen Sinn."

Windscheid endlich sagt:[2]) „Einem Anspruche kann eine Einrede entgegenstehen. Das will sagen: ein Anspruch ist zwar an und für sich begründet, es sind alle Thatsachen vorhanden, welche das Recht für seine Entstehung verlangt, es ist keine Thatsache vorhanden, an welche das Recht seinen Untergang knüpft; aber ein ihm entgegenstehender Umstand bewirkt, daß der Verpflichtete ihn abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann, durch diesen Umstand ist der Anspruch gehemmt." Mit der vollsten Berechtigung bemerkt der Letztgenannte noch in Note 2 S. 119: — „Unhaltbar ist die durch Savigny zu einer weitverbreiteten Anerkennung gelangte Ansicht, daß das Wesen der exceptio in der Geltendmachung eines der Klage entgegenstehenden, selbständigen Rechts bestehe, wenigstens wenn man unter diesem „selbständigen Rechte" etwas Anderes verstehen will, als eben die Befugniß, die Zurückweisung des klägerischen Anspruchs zu verlangen." Unter einer Exception ist allerdings nicht bloß die Geltendmachung eines dem Beklagten zustehenden Gegenanspruchs, z. B. einer zur Retention oder zur Compensation berechtigenden Gegenforderung, noch auch eines sonstigen selbständigen Rechts, das auch auf dem Wege der Klage verfolgt werden könnte (Beispiele sind die actio und exceptio doli, die actio und exc. quod metus causa), sondern auch die Geltendmachung bloßer Thatsachen zu verstehen, wodurch die Durchsetzung des an sich begründeten klägerischen Anspruchs vereitelt wird. Beispiele der letzteren

---

[1]) Syst. Bd. II § 124 S. 485.

[2]) Pandektenr. Bd. I § 47 S. 117.

Art sind die exceptio pacti in diem, exc. SC. Macedoniani, Vellejani u. s. w. Hier handelt es sich überall nicht um Ansprüche oder sonstige Rechte, die der Beklagte auch auf anderem Wege, als auf dem der Einrede, verfolgen könnte, sondern um bloße Thatsachen, die dem Beklagten zur Vertheidigung dienen (Fristbewilligung, der Umstand, daß das Gelddarlehn einem Haussohne gegeben, die Intercession von einer Frau bewirkt worden war). Die Savigny'sche Begriffsbestimmung ist somit nicht ganz genau, sie muß dahin erweitert werden, daß sie nicht bloß selbständige Rechte des Beklagten, sondern auch solche Thatsachen umfaßt, welche den Beklagten berechtigen, die Zurückweisung des an sich begründeten Anspruchs des Klägers zu verlangen. Das Wahre an der Sache und von Savigny richtig Erkannte ist, daß auch noch im neuesten römischen Rechte ein Anspruch, der nicht ipso jure ungültig oder aufgehoben war, als an sich begründet und eine exceptio als ein entgegenstehendes Recht des Beklagten aufgefaßt wurde, eine Auffassung, aus welcher sich die bekannte, keineswegs bloß auf die Beweislast zu beziehende Rechtsregel reus excipiendo fit actor erklärt.

III. Der Einredebegriff im heutigen Rechte.

Der in der vorigen Nummer besprochene Gegensatz zwischen den Einreden im engeren und weiteren Sinne ist zunächst ein theoretischer, und es fragt sich nun, ob demselben auch eine praktische Bedeutung beizulegen sei. Diese Frage wird von Savigny und Windscheid bejaht. Savigny [1]) findet den durchgreifenden praktischen Unterschied darin, daß in den Fällen, wo der Klage eine Exception entgegengesetzt wird, zwei verschiedene, selbständige Rechte zu berücksichtigen seien, von denen jedes seine eigenen Schicksale haben könne. So könne das jus in re, welches eine Exception gegen die Vindikation begründete, wieder verloren werden; die exceptio rei judicatae gegen eine Schuldklage könne durch Vertrag entkräftet werden. Wenn dagegen einer Vindikation die Veräußerung des Eigenthums, oder einer Schuldklage die Zahlung der Schuld entgegengesetzt werde, so könne die vernichtende Kraft dieser Rechtsgeschäfte unmöglich durch spätere Ereignisse, z. B. Verträge, geschwächt worden sein, da überhaupt nichts mehr vorhanden

[1]) Syst. Bd. V § 225 S. 157.

gewesen sei, das einer späteren Entwickelung empfänglich gewesen wäre. Es könnte in diesen Fällen höchstens ein neues Eigenthum oder eine neue Schuldforderung erworben werden, welche Rechte jedoch mit den früheren gleichartigen Rechten des Klägers keinen inneren Zusammenhang haben würden.

Ebenso findet Windscheid,[1]) obgleich er die Exceptionen nicht mit Savigny als selbständige Rechte des Beklagten auffaßt, die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen der Ungültigkeit ipso jure und ope exceptionis darin, daß der Anspruch, der rechtlich gar nicht vorhanden ist, erst erzeugt werden muß, um vorhanden zu sein, während derjenige, dem nur eine Einrede entgegensteht, durch Wegfall der Einrede volle Kraft gewinnen kann, ohne daß eine Wiederholung der Thatsachen, durch welche er erzeugt wird, erforderlich wäre.

Ich habe früher [2]) dieselbe Auffassung vertreten und halte sie auch jetzt noch nach positivem römischen Rechte für wohlbegründet. Dagegen ist mir ihre innere Berechtigung und heutige Anwendbarkeit neuerdings sehr zweifelhaft geworden, nachdem ich die von Eisele,[3]) Lenel[4]) und Anderen in dieser Beziehung geäußerten Bedenken reiflich geprüft habe. Zwar scheint auf den ersten Blick nichts einleuchtender, als daß etwas, das vollständig vernichtet ist, unter keinen Umständen wieder aufleben könne, sondern, um zu existiren, neu geschaffen werden müsse. Dieser Satz gilt unbedingt von allen Gegenständen der Natur und allen sonstigen reellen Dingen. Anders verhält es sich aber mit den Rechtsverhältnissen als ideellen Thatsachen, die nur auf Schlußfolgerungen aus reellen concreten Thatsachen und den auf diese anwendbaren abstracten Rechtssätzen beruhen. Gegen die Aeußerung Savigny's, daß ein vernichtetes Recht unmöglich durch spätere Ereignisse wieder erweckt werden könne, da überhaupt nichts mehr vorhanden sei, das einer späteren Entwickelung fähig wäre, macht Lenel mit Recht geltend, daß auch nach völliger Vernichtung eines Rechts das von Savigny vermißte Etwas, welches unter dem Einfluß einer erweckenden Thatsache von Neuem Wirksamkeit gewinnen könne, immer noch vorhanden sei; dies Etwas seien nämlich die früher eingetretenen Ent-

[1]) Pandektenr. Bd. I § 47 Note 1 S. 118.

[2]) i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII S. 193 fg.

[3]) die materielle Grundlage der Exceptio S. 127 fg.

[4]) Ursprung und Wirkung der Exceptionen § 16 S. 120, 121.

stehungsursachen. Die Entstehungsursachen sind nicht aus der Welt zu schaffen, und wenn ihre Wirkung, das Rechtsverhältniß, zwar aufgehoben, der Aufhebungsgrund aber später weggefallen ist, warum sollten da die Entstehungsursachen nicht wieder wirksam werden? Warum sollte, um ein von Lenel angeführtes Beispiel zu gebrauchen, eine Darlehnsschuld, die durch Zahlung, also ipso jure getilgt ist, nicht wieder aufleben können, wenn Gläubiger und Schuldner später ausmachen, daß die geleistete Zahlung auf eine andere Schuld angerechnet werden solle? Warum sollte ferner eine durch Erlaß, also gleichfalls ipso jure aufgehobene Schuld nicht wieder erweckt werden, wenn die Betheiligten den Erlaßvertrag später durch anderweiten Vertrag rückgängig machen? Dieser Fall ist ganz analog dem Falle, wenn der Erlaßvertrag durch Betrug und Drohung veranlaßt worden ist und aus diesem Grunde gerichtlich für ungültig erklärt wird. In einem solchen Falle besteht die Schuld ungeachtet des Erlaßvertrages zweifellos zu Recht; warum sollte etwas Anderes gelten, wenn der Erlaßvertrag nicht von Anfang an ungültig ist, sondern erst durch ein späteres Ereigniß seine Gültigkeit verliert?

Nimmt man aber an, daß ipso jure wirkende Einredethatsachen nach heutigem Rechte ebenso, wie Exceptionen, durch Replikthatsachen, die in einen späteren Zeitraum fallen, entkräftet werden können, und zwar mit dem Erfolge, daß der rechtserzeugende Thatbestand seine volle Wirkung wiedererlangt, so hat der Unterschied zwischen den Exceptionen und den Einreden im heutigen weiteren Sinne des Wortes auch für das materielle Recht keine praktische Bedeutung mehr.

Es fehlt freilich nicht an weiteren Versuchen, an den fraglichen Unterschied praktische Folgen, sogar prozessualischer Art, zu knüpfen, indessen sind auch diese Versuche meines Dafürhaltens zurückzuweisen. So hat man unter Anderem behauptet, daß nur auf die Einreden im engeren Sinne, nicht auf die ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe mit rechtlichem Erfolge verzichtet werden könne. Diese Behauptung steht in Widerspruch mit dem allgemein anerkannten Grundsatze, daß einem jeden Rechtssubjecte die Befugniß zusteht, frei über seine privatrechtlichen Verhältnisse zu verfügen. Nach diesem Grundsatze kann Jedermann auf die ihm zustehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welcher Art sie auch sein mögen, wirksam verzichten. Für den Prozeß folgt dies schon aus der Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime, die

den leitenden Grundgedanken des heutigen Prozeßverfahrens bildet. Ein solcher Verzicht kann im Prozesse sogar stillschweigend durch Terminsversäumniß, Nichtvorschützen einer Einrede u. s. w. erfolgen. Die Verzichtbarkeit der Prozeßhandlungen bildet entschieden die Regel. Ausgenommen von dieser Regel sind nur gewisse prozeßhindernde Einreden wegen ihrer im öffentlichen Interesse liegenden Begründung (vgl. § 247 der Civilprozeßordnung und die Commentare dazu). Wenn aber im Prozesse ein Verzicht auf Einreden in so weitem Umfange stattfindet, wird man auch einem außerhalb des Prozesses erklärten Verzichte die rechtliche Wirkung nicht absprechen können.

Ziemlich häufig begegnet man endlich der Ansicht, daß das Gericht Einreden im engeren oder materiell rechtlichen Sinne nur in dem Falle berücksichtigen dürfe, wenn der Beklagte sich ausdrücklich darauf berufe, wogegen andere Einreden schon von Amtswegen zu berücksichtigen seien.[1]) Aber auch diese Ansicht erscheint vom Standpunkte des heutigen Prozeßrechts als unhaltbar. Zur Zeit des ordo judiciorum war freilich ein Exceptionsgrund nur in dem Falle bei der Entscheidung zu berücksichtigen, wenn der Prätor auf Bitten des Beklagten eine darauf bezügliche exceptio in die formula aufgenommen hatte, wogegen der Richter alle im Civilrechte anerkannten Vertheidigungsgründe von Amtswegen, d. h. ohne vom Prätor dazu angewiesen zu sein (ob auch von Amtswegen in der jetzigen Bedeutung des Ausdrucks, also ohne Antrag des Beklagten? das ist eine andere Frage) berücksichtigen mußte. In dieser Beziehung bestand seit dem Untergange des ordo judiciorum natürlich kein Unterschied mehr. Die Theilung der richterlichen Functionen zwischen dem Prätor und dem Judex hatte aufgehört, und ebenso war die Duplicität des civilen und des prätorischen Rechts verschwunden. Das prätorische Recht war ein Bestandtheil des positiven Rechts geworden, und der obrigkeitliche Richter, der allein den Prozeß zu leiten und zu entscheiden hatte, mußte die Exceptionen ebenso berücksichtigen, wie die ipso jure wirkenden Vertheidigungsmomente, die s. g. defensiones. Ob der Richter die Vertheidigungsmomente der letzteren Art im Gegensatze zu den Exceptionen auch von Amtswegen in unserem Sinne, d. h. ohne daß der Beklagte sich darauf berufen hatte, berück-

---

[1]) Diese Ansicht vertreten unter Anderen Sintenis Erläuter. I S. 383 fg. Civilrecht I § 32 Noten 5. 32, Heffter Syst. § 138.

sichtigen mußte, mag hier dahingestellt bleiben. Nach dem heutigen Prozeßrechte, in welchem durch die italienische Doctrin das Verhandlungsprincip zum leitenden Grundsatze erhoben worden ist, darf der Richter bei der Entscheidung nur solche Thatsachen berücksichtigen, die im Laufe der Verhandlungen von den Parteien selbst zur Sprache gebracht worden sind. Thatsachen, von denen der Richter auf andere Weise amtlich oder außeramtlich Kenntniß erlangt hat, selbst wenn es im Prozeßverfahren, z. B. bei der Vernehmung von Beweiszeugen oder bei der Einsicht vorgelegter Beweisurkunden geschehen sein sollte, dürfen bei der Entscheidung nicht in Betracht gezogen werden, wenn dies nicht von der einen oder anderen Partei beantragt wird.

Etwas Anderes ist es, wenn eine Partei selbst einen ihr nachtheiligen Umstand behauptet. In diesem Falle kommt es darauf an, ob der von ihr behauptete Umstand ihrem eigenen Antrage widerspricht. Sache der Parteien ist es, ihre Anträge, mögen diese nun zum Angriffe oder zur Vertheidigung dienen, in thatsächlicher Hinsicht gehörig zu begründen. Läßt nun der Vortrag einer Partei eine Thatsache vermissen, die zur Rechtfertigung ihres Antrags nothwendig war, oder ist aus dem Vortrage eine Thatsache zu entnehmen, wonach sich der Antrag als grundlos darstellt, so muß der Antrag zurückgewiesen werden. § 296 Abs. 2 der Civilprozeßordnung enthält selbst für den Fall, daß die Voraussetzungen eines Versäumnißurtheils vorliegen, die Vorschrift: „Soweit dasselbe (das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers) den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen." Der Klagvortrag rechtfertigt aber die Klagbitte nicht, wenn er einen Umstand enthält, der mit ihr in Widerspruch steht, wenn z. B. der Kläger selbst angiebt, die geklagte Schuld sei schon bezahlt oder sie sei erlassen oder noch auf ein Jahr gestundet. Ich kann mir nichts Widersinnigeres denken, als wenn in einem solchen Falle der Richter den Beklagten zur Bezahlung der geklagten Schuld verurtheilen wollte. Die Abweisung der Klage ist aber in einem solchen Falle nicht als ein richterliches Vorgehen von Amtswegen aufzufassen, sie ergiebt sich vielmehr mit logischer Nothwendigkeit aus der richterlichen Pflicht, die Anträge der Parteien rücksichtlich ihrer thatsächlichen Begründung zu prüfen, eine Prüfung, die auch nach der Verhandlungsmaxime Amtspflicht des Richters ist. „Der

Richter", sagt Unger [1]) treffend, „darf zwar nicht von Amtswegen Einreden berücksichtigen, aber er hat von Amtswegen juristische Logik zu üben."

Wenn also der Kläger selbst eine Thatsache vorbringt, die dem Klagantrage widerspricht, so hat er zu gewärtigen, daß seine Klage abgewiesen wird. Daraus folgt aber, „daß der Kläger eine von ihm in der Klage zugegebene Einrede auch sogleich durch eine anticipirte Replik elidiren muß." [2])

Das eben Gesagte gilt jedoch nur für solche Fälle, wo die vom Kläger zugestandene Thatsache den Klagantrag ohne Weiteres hinfällig macht. Anders liegt die Sache, wenn der Kläger eine Thatsache vorbringt, aus der sich ein Gegenanspruch des Beklagten oder auch ein Recht desselben, das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, ergiebt. In solchen Fällen ist eine Erklärung des Beklagten darüber abzuwarten, ob er seinen Gegenanspruch verfolgen und ob er von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen will. Denn der Beklagte, der einen Gegenanspruch geltend macht, tritt insoweit an die Stelle des Klägers, so daß die Regel „wo kein Kläger, da ist auch kein Richter" auch auf den Beklagten in Ansehung seines Gegenanspruches Anwendung findet. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft ferner ist nicht ohne Weiteres ungültig, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der zur Anfechtung Berechtigte von seiner Berechtigung Gebrauch gemacht hat, also jedenfalls nicht früher, als bis er erklärt hat, daß er das Rechtsgeschäft anfechte.[3]) Wollte also das Gericht einen Gegenanspruch oder ein Anfechtungsrecht des Beklagten ohne einen entsprechenden Antrag desselben berücksichtigen, so würde darin ohne Zweifel ein unzulässiger Eingriff in das Dispositionsrecht des Beklagten zu erblicken sein.

Ein häufig vorkommender und darum praktisch besonders wichtiger Gegenanspruch ist die schon früher (§ 23) erwähnte Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder, was dasselbe ist, der Gegenanspruch aus einer zweiseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Obligation. Eine Klage aus einer solchen Obligation hat das Eigenthümliche, daß aus ihr mit dem Grunde des klägerischen Anspruches zugleich der Grund des Gegen-

---

[1]) Syst. Bd. II § 124 Note 21 S. 487.

[2]) Wetzell Syst. § 19 Note 8.

[3]) Savigny Syst. Bd. IV § 202 S. 539, Windscheid Pandektenr. Bd. I § 82 S. 221 fg., Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich §§ 112, 113.

anspruchs, also einer Einrede des Beklagten hervorgeht. Gleichwohl braucht der Kläger diese Einrede nicht schon in der Klage durch eine anticipirte Replik zu entkräften, und zwar aus einem doppelten Grunde. Erstens kann weder der Kläger noch das Gericht im Voraus wissen, ob der Beklagte seine Gegenforderung in diesem Prozesse verfolgen wird, was lediglich von seinem Belieben abhängt, und es ist daher eine hierauf bezügliche Erklärung des Beklagten abzuwarten. Zweitens führt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wenn auch der Beklagte sie vorschützt und der Kläger sie nicht durch eine Replik zu beseitigen vermag, nach der richtigen, in der neueren Praxis befolgten Ansicht nicht zur Abweisung der Klage, sondern zur Verurtheilung des Beklagten, gegen Erfüllung seitens des Beklagten diesen klaglos zu stellen. [1])

Aehnlich liegt die Sache, wenn der Inhalt der Klage die Existenz einer compensablen Gegenforderung erkennen läßt. Die Klage wird dadurch nicht ohne Weiteres hinfällig, denn es muß vorerst abgewartet werden, ob der Beklagte von seinem Rechte, zu compensiren, Gebrauch macht. „Der rechtliche Vorgang bei der Compensation," sagt Windscheid, [2]) „ist nicht so zu denken, als wenn die beiden einander gegenüberstehenden Forderungsrechte sich von der Zeit ihres Gegenüberstehens an gegenseitig ohne Weiteres aufhöben, vernichteten. Vielmehr behält jedes Forderungsrecht seine rechtliche Existenz, und es ist dem Gläubiger überlassen, ob er dasselbe zur Compensation anwenden oder in anderer Weise verwerthen will." Die Aufrechnung tritt also nur ein, wenn der dazu Berechtigte aufrechnen will und eine dem entsprechende Erklärung abgiebt. Damit stimmt § 282 Abs. 1 des Entw. eines bürgerl. GB. f. d. deutsche Reich überein: „Die Aufrechnung erfolgt durch eine von dem einen Gläubiger gegenüber dem anderen Gläubiger abzugebende Willenserklärung." In den Motiven dazu Bd. II S. 106 heißt es u. a.: „Sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung vorhanden, so hat jeder Theil das Recht, mit seiner Forderung gegen die Forderung des andern Theiles aufzurechnen. Dieses Recht verwirklicht er durch die von ihm, im Prozesse oder außerprozessualisch, dem andern Theile gegenüber abgegebene Willenserklärung, daß er seine Forderung gegen diejenige des Andern aufrechne."

---

[1]) Seuffert Archiv XVIII, 180, XXIII, 176. Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 268.

[2]) Pandektenr. Bd. II § 349 S. 321.

Gleicher Art, wie die Einreden des nicht erfüllten Vertrags und der Compensation, ist die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (Retentionseinrede). Sie ist nur in dem Falle zu berücksichtigen, wenn der Beklagte die Ansprüche, wegen deren ihm ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, in gehöriger Weise geltend macht und dabei erklärt, daß er bis zur Befriedigung dieser Ansprüche die vom Kläger geforderte Herausgabe von Sachen oder sonstige Leistung verweigere. Wenn also auch aus dem Inhalte der Klage hervorgehen sollte, daß dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, so würde doch darum die Klage nicht ohne Weiteres, sondern erst auf eine dem vorhin Gesagten entsprechende Erklärung des Beklagten hin als unstatthaft zurückzuweisen sein.

Nicht völlig gleichartig, aber nahe verwandt sind die Einreden, mittels deren ein Anfechtungsrecht, ingleichen das Recht, die Wiederauflösung (Rescission) eines Rechtsgeschäfts zu verlangen, geltend gemacht wird. Solche Ansprüche können gleich den oben besprochenen Gegenforderungen sowohl auf dem Klagwege, als auf dem Wege der Einrede verfolgt werden. Beispiele sind die actio und exceptio Pauliana, redhibitoria und der Anspruch auf Wiederaufhebung eines Kaufvertrages wegen Verletzung über die Hälfte. Ein anfechtbares, rescissibles Rechtsgeschäft unterscheidet sich von einem nichtigen dadurch, daß es nicht, wie dieses, ohnes Weiteres ungültig ist, sondern nur, wenn der zur Anfechtung Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht. Solange nicht angefochten wird, besteht das Geschäft (vgl. Entw. eines bürgerl. GB. §§ 112, 113, Motive Bd. I S. 219). Dies ist der Grund, warum eine Klage, aus der sich die Anfechtbarkeit des darin geltend gemachten Rechtsgeschäfts ergiebt, nicht zurückgewiesen werden kann, sofern nicht noch die Erklärung des Beklagten, daß er das Geschäft anfechte, hinzukommt.

Dem Bisherigen zufolge ist die von Thon[1]) entwickelte Ansicht, daß unser heutiges Recht zwei Arten von Vertheidigung kenne, Vertheidigung durch Verneinung des klägerischen Anspruchs und Vertheidigung durch Erhebung eines Gegenanspruchs, und daß demgemäß den „rechtsverneinenden" (rechtshindernden und rechtsvernichtenden) Einreden die „rechtsverfolgenden" entgegenzusetzen seien, nicht ohne innere Berechtigung. Nur darf man dabei nicht außer Acht lassen, daß innerhalb der rechts-

---

[1]) Rechtsnorm und subjectives Recht V § 13 S. 267.

verfolgenden Einreden noch wichtige Unterschiede bestehen, die auch Thon bereits angedeutet hat. Diese Unterschiede sind folgende:

1. Von Gegenansprüchen, wenigstens von selbständigen Gegenansprüchen kann im Grunde nur bei den Einreden des nicht erfüllten Vertrags, des Zurückbehaltungsrechts und der Aufrechnung die Rede sein. Diese Einreden sind nicht gegen die Forderung des Klägers gerichtet, sie lassen dieselbe unberührt und verlangen nur die Berücksichtigung der Gegenforderung des Beklagten. Dies bedarf keiner Ausführung, insoweit es sich um die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und die Retentionseinrede handelt. Aber auch bei der Compensationseinrede liegt die Sache nicht anders. Auch die Aufrechnung enthält eine Befriedigung des Gläubigers, [1]) sie tritt an die Stelle der Zahlung (Erfüllung), und zwar sowohl rücksichtlich der Forderung als der Gegenforderung, so daß die eine mit der andern gedeckt wird und sie sich gegenseitig aufheben. Der Beklagte also, welcher aufrechnen zu wollen erklärt, bestreitet damit nicht des Klägers Forderung und weigert sich nicht, den Kläger zu befriedigen, er will dies nur nicht auf dem Wege der Zahlung, sondern auf dem Wege der Aufrechnung thun, damit gleichzeitig auch er, der Beklagte, wegen seiner Gegenforderung befriedigt werde.

2. Anders verhält es sich schon mit den Einreden, mittels deren der Beklagte die Wiederauflösung (Rescission) des der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts durch Richterspruch begehrt, wie z. B. mittels der Wandelungseinrede (exceptio redhibitoria). Diese Einreden verneinen zwar gleichfalls den klägerischen Anspruch nicht, erkennen ihn vielmehr als zur Zeit noch bestehend an, sie bekämpfen ihn aber und suchen seine Vernichtung herbeizuführen. Sie unterscheiden sich also durch ihren Zweck ganz wesentlich von den Gegenforderungseinreden, die des Klägers Forderung nicht bekämpfen, sondern nur die gleichzeitige Berücksichtigung der Gegenforderung bezwecken.

3. Von beiden eben besprochenen Arten der Einreden verschieden sind endlich diejenigen Einreden, mittels deren ein Anfechtungsrecht geltend gemacht wird. Auch sie gehören ohne Zweifel zu den rechtsverfolgenden Einreden und bezwecken gleich den Einreden unter 2 die Vernichtung des Rechtsgeschäfts, auf welches die Klage sich stützt, und

---

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. II § 348 S. 320.

damit zugleich die Vernichtung des klägerischen Anspruchs. Sie unterscheiden sich aber von den vorhin gedachten Einreden dadurch, daß die Ungültigkeit eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts der Regel nach nicht erst durch die richterliche Entscheidung, sondern schon durch die Anfechtungserklärung herbeigeführt wird, vorausgesetzt nur, daß der Beklagte einen genügenden Anfechtungsgrund vorbringt und im Bestreitungsfalle beweist.

Ganz richtig ist ferner, was Thon a. a. O. § 17 S. 267 bemerkt, daß nämlich nicht alle Einreden, die auf ein Gegenrecht des Beklagten Bezug nehmen, zu der Kategorie der rechtsverfolgenden Einreden zu zählen sind. Wenn z. B. gegenüber einer Eigenthumsklage auf Herausgabe einer Sache der Beklagte sich auf ein ihm zustehendes Recht an der Sache, wie Nießbrauchsrecht, Pfandrecht, beruft, so ist dies keine rechtsverfolgende, sondern eine rechtsverneinende Einrede. Der Beklagte verfolgt damit keinen Anspruch, denn sein Anspruch ist ja befriedigt, da er, Beklagter, sich im Besitze der Sache befindet. Er bestreitet nur seine Verpflichtung zur Herausgabe der Sache, also des Klägers Anspruch. Das Nießbrauchs- oder Pfandrecht ist nicht der Gegenstand eines Anspruchs des Beklagten, sondern der Grund, aus welchem dieser den Anspruch des Klägers bestreitet. Das Gleiche gilt in dem Falle, wenn der Beklagte der Vindication ein obligatorisches, z. B. ein auf einem Miethvertrage beruhendes Recht, die Sache zu behalten, entgegensetzt, ferner wenn der Beklagte sich einer Negatorienklage gegenüber auf eine Servitut beruft. In allen diesen Fällen ist ein Theil der im Eigenthum enthaltenen Befugnisse, vorübergehend oder für immer, vom Kläger auf den Beklagten übergegangen und der Letztere daher insoweit berechtigt, einen vom Kläger gegen ihn erhobenen Anspruch zu bestreiten. Sollte also aus dem Inhalte einer Eigenthumsklage hervorgehen, daß dem Beklagten eine derartige Einrede zur Seite stehe, Beklagter aber unterlassen, diese Einrede geltend zu machen, so würde gleichwohl die Klage als unbegründet zurückzuweisen sein.

Man ersieht hieraus, wie mannigfach die Verschiedenheiten sind, die bei den Einreden in Ansehung ihrer Begründung und ihrer Wirkungen hervortreten. Man kann zunächst den rechtsverneinenden (rechtshindernden und rechtsvernichtenden) Einreden die rechtsverfolgenden entgegensetzen, welche letztere wieder in Gegenforderungseinreden, in solche, die auf Wiederauflösung eines Rechtsgeschäfts gerichtet sind, und

in Anfechtungseinreden zerfallen. Man kann ferner den rechtshindernden und rechtsvernichtenden Einreden diejenigen entgegensetzen, welche auf ein Gegenrecht des Beklagten Bezug nehmen. Zu den letzteren gehören, wie wir gesehen haben, auch solche Einreden, die, wie die Einrede des Servitutrechts gegenüber einer Negatorienklage, auf eine Verneinung des klägerischen Anspruchs hinauslaufen.

Die vorstehenden Unterscheidungen sind ohne Zweifel von praktischer Bedeutung für das materielle Recht. Der Gegensatz der rein thatsächlichen und der auf ein Gegenrecht gegründeten Einreden hat sogar eine prozessualische Bedeutung. Denn, wie Fitting[1]) richtig bemerkt, „erscheint der Prozeß, juristisch und namentlich rechtsphilosophisch betrachtet, als ein Ganzes nur in den Fällen, in welchen bloß ein einziges Recht in Frage steht, m. a. W. in welchen der Begriff des Prozesses mit dem des prozessualischen Angriffes zusammenfällt. Wo es sich dagegen um mehrere Rechte handelt, da bildet der Prozeß nur eine Zusammenfassung verschiedener Rechtsstreite, welche zwar ihrem Erfolge nach in einem gewissen Zusammenhange stehen, juristisch aber wesentlich von einander zu unterscheiden sind." Auf die Fälle, wo der Beklagte einredeweise ein Gegenrecht geltend macht, findet insbesondere auch die Regel reus excipiendo fit actor die vollste Anwendung. Denn der Beklagte hat zur Begründung seines Gegenrechts ebenso, wie der Kläger zur Begründung seines Klagrechts, einen rechtserzeugenden Thatbestand anzuführen und im Bestreitungsfalle zu beweisen, wogegen es Sache des Klägers ist, replikweise etwaige rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen zur Sprache zu bringen.

Hieran reiht sich endlich noch der römisch rechtliche Unterschied zwischen den ipso jure und den ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsmomenten. Der Begriff der nur ope exceptionis zu beachtenden Einreden ist weiter, als der Begriff der auf ein Gegenrecht gegründeten Einreden, denn zu den ersteren gehören auch solche, die nicht auf einem Gegenrechte des Beklagten, sondern auf einer bloßen Thatsache beruhen, wie die Verjährungseinrede (praescriptio longi temporis), die Einrede der Rechtshängigkeit (exceptio rei in judicium deductae), die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache (exceptio rei judicatae), die exc. jurisjurandi, exc. senatusconsulti Mace-

---

[1]) Haupt- und Gegenbeweis § 13 S. 40.

doniani, exc. SC. Vellejani u. s. w. Alle diese Einreden beseitigen nach der römischen Auffassung nicht, wie die ipso jure wirkenden Aufhebungsthatsachen, den Anspruch selbst, sondern geben dem Beklagten nur die Befugniß, sich der Durchführung des klägerischen Anspruches im Prozesse zu widersetzen. An dieser Unterscheidung, die mit dem eigenthümlichen Bildungsgange des römischen Rechts zusammenhing und daher im Rechtsbewußtsein tief eingewurzelt war, haben die römischen Juristen stets festgehalten, und so ist sie denn auch in die Justinianische Compilation aufgenommen worden. Sie hat daher nicht bloß eine rechtsgeschichtliche Bedeutung, sondern ihre Kenntniß und Berücksichtigung ist auch zum Verständniß einer ganzen Reihe von Aussprüchen in den Quellen des römischen Rechts unentbehrlich und schon aus diesem Grunde von hohem wissenschaftlichen Werthe. Eine andere Frage ist es aber, ob die gedachte Unterscheidung in der Natur der Sache begründet sei und noch gegenwärtig praktische Geltung habe. Diese Frage ist vielseitig verneint worden.[1] Auch Windscheid,[2] der die entgegengesetzte Meinung vertritt, giebt so viel zu, daß die Grenze zwischen Nichtexistenz des Anspruchs und indirecter Unwirksamkeit desselben keine nothwendige sei, vielmehr von den besonderen Bestimmungen des positiven Rechts abhänge. Er erkennt ferner an, daß nicht überall ein innerer Grund ersichtlich sei, weswegen das römische Recht einen bestimmten Umstand als exceptio behandele oder aber ihm die Kraft zuschreibe, den Anspruch zu einem an und für sich unbegründeten zu machen, und daß dabei namentlich der Gegensatz zwischen dem Civil- und dem prätorischen Rechte eine bedeutende Rolle gespielt habe. Ich meinestheils gehe etwas weiter, indem ich bezweifle, ob die Römer jemals auf den Gedanken gekommen wären, zwischen ipso jure d. h. nach Civilrecht wirksamen und den nach prätorischem Rechte, also nur ope exceptionis zu beachtenden Vertheidigungsmomenten zu unterscheiden, wenn nicht in Folge des den Prätoren durch die lex Aebutia gewährten Einflusses auf die Rechtspflege und die Rechtsentwickelung jene Duplicität des Civil- und des prätorischen Rechts eingeführt

---

[1]) Albrecht Exceptionen S. 82 fg., S. 108 fg., Knappe Exception S. 67 fg., S. 98 fg., Krüger prozess. Consumption § 5 S. 19 fg., Eisele materielle Grundlage der exceptio S. 119 fg., Lenel Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 100 fg., Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 261 fg.

[2]) Pandektenr. Bd. I § 47 Note 1 S. 118.

worden wäre. Wenn man ferner zugeben muß, daß die Grenze zwischen der Nichtexistenz des Anspruchs und der indirecten Unwirksamkeit desselben keine nothwendige ist, so sieht es meines Erachtens auch mit der Unterscheidung selbst mißlich aus. Jedenfalls hat dieselbe, wie ich schon im Eingange dieses Abschnittes darzulegen gesucht habe, heutzutage keinen großen praktischen Werth, und es mag dies auch schon seit dem Untergange des ordo judiciorum der Fall gewesen sein, wie aus der Aeußerung des hochangesehenen römischen Juristen Julius Paulus:

> Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur, [1])

hervorzugehen scheint.

IV. Der Einredebegriff nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.

Nach dem Ergebnisse der vorstehenden Ausführung kann ich nicht umhin, mich der Meinung Eisele's [2]) anzuschließen, daß es einer zukünftigen Gesetzgebung dringend zu wünschen wäre, wenn sie sich aller aus der Duplicität des römischen Rechts herstammenden Rechtsinstitute gänzlich entschlüge. Allein für's Erste ist keine Aussicht vorhanden, daß dieser Wunsch in Erfüllung gehen werde, denn man hat sich bei der Ausarbeitung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs für die Beibehaltung des Instituts der exceptio oder, was gleichbedeutend ist, der materiellrechtlichen Einrede entschieden. Der Entwurf selbst enthält keine Bestimmung über den Begriff der „Einrede", obgleich dieser Ausdruck vielfach darin vorkommt, aber die Motive Bd. I S. 359 Ziff. II sprechen sich um so deutlicher darüber aus. Es heißt dort zunächst: „Der Einredebegriff des materiellen Rechtes deckt sich nicht mit demjenigen des Prozeßrechtes. Nach den heutigen Beweisgrundsätzen fällt, da die Aufgabe des Klägers in Ansehung der Klagbegründung lediglich darin besteht, die Thatumstände darzulegen, welche den Schluß auf die Entstehung des erhobenen Anspruches nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge rechtfertigen, in den Bereich der prozessualen Einrede jedes Anführen, welches, ohne die Richtigkeit der Klagthatsachen in Frage zu stellen, dem Klagbegehren auf Grund

---

[1]) l. 112 D. de R. J. 50, 17.

[2]) Materielle Grundlage der exceptio S. 129.

anderweiter Thatsachen entgegentritt, und zu diesen Thatsachen gehören nicht bloß diejenigen, welche die Durchführbarkeit des an sich begründeten Klaganspruches ausschließen, sondern auch diejenigen, welche ergeben, daß der Anspruch, der Klagthatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder daß derselbe zwar entstanden, aber wieder erloschen sei. Einreden im Sinne des materiellen Rechts sind nur Umstände der ersteren Art, d. h. solche Umstände, welche die Befugniß gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht."

Die vorstehende Begriffsbestimmung ist klar und präcis, sie entspricht der von Windscheid [1]) gegebenen, bereits im vorigen Abschnitte angeführten Definition des Begriffes der materiellrechtlichen Einreden (Exceptionen), wie er sich in der classischen Periode der Geschichte der römischen Rechtswissenschaft ausgebildet hatte.

Die Motive verschweigen nicht, daß der Begriff der materiellrechtlichen Einrede manche Anfechtung erfahren und namentlich vom rechtsgeschichtlichen Standpunkte bekämpft worden ist. Sie machen aber hiergegen geltend, es müsse die Regelung zulässig sein, daß ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechtswegen in seiner Entstehung hindere oder wieder aufhebe, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewähre, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruches, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer, ablehnen zu dürfen. In wirthschaftlicher Hinsicht sei allerdings ein Anspruch, welchem eine seine Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegenstehe, einem nicht, bezüglich nicht mehr vorhandenen Anspruche gleichwerthig. Rechtlich bestehe aber eine erhebliche Verschiedenheit, die namentlich in zwiefacher Hinsicht von praktischer Bedeutung sei. Einmal könne die Möglichkeit der Entkräftung des mit einer Einrede behafteten Anspruches wegfallen, insbesondere könne auf die Einrede von dem Verpflichteten verzichtet werden, und wenn dies geschehe, erlange der Anspruch seine Kraft, ohne daß es, wie bei dem von Rechtswegen aufgehobenen Anspruche, einer Wiederholung der Begründungsthatsachen bedürfe. Sodann wirke die Einrede nur, wenn der Verpflichtete sich auf sie berufe, während eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende

[1]) Pandektenr. Bd. I § 47 S. 117.

Thatsache auch dann vom Richter berücksichtigt werden müsse, wenn sie durch den klägerischen Vortrag in das Streitmaterial gelange.

Ich beziehe mich nun diesen Ausführungen gegenüber zunächst auf das schon im vorigen Abschnitte (Abschnitt III) Bemerkte. Ich halte zwar vom rein wissenschaftlichen Standpunkte die Festhaltung des Begriffes der Exceptionen oder materiellrechtlichen Einreden für geboten, und zwar schon aus dem Grunde, weil dieser Begriff zur Vermeidung von Mißverständnissen über den Sinn der römischen Rechtsquellen unentbehrlich ist, dagegen kann ich mich nicht davon überzeugen, daß derselbe von erheblicher praktischer Bedeutung sei und darum auch durch die Gesetzgebung aufrecht erhalten werden müsse. Die in den Motiven hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten der materiellrechtlichen Einreden kann ich nicht, wenigstens nicht in dem dort angegebenen Umfange, anerkennen. Verzichten kann man, vermöge der dem Einzelnen auf dem Gebiete des Privatrechts zustehenden Dispositionsbefugniß, auf alle Einreden, nicht bloß auf Einreden im engeren Sinne. Erkennt man aber die rechtliche Wirksamkeit solcher Verzichte an, so folgt daraus mit logischer Nothwendigkeit, daß ein Anspruch, der durch eine Einrede im weiteren Sinne (z. B. Zahlung, Erlaß) beseitigt war, durch den Verzicht auf die Einrede seine Kraft wiedererlangt. Wollte man dies in Abrede stellen, so würde man ja dem Verzichte seine rechtliche Wirkung absprechen.

Von allen Einredethatsachen gilt ferner, wie von dem thatsächlichen Streitmaterial überhaupt, der Satz, daß sie nicht von Amtswegen, sondern nur in dem Falle berücksichtigt werden dürfen, wenn sie von den Parteien zur Sprache gebracht worden sind. Wie hat sich nun das Gericht zu verhalten, wenn der Kläger selbst eine Thatsache vorbringt, die einen Vertheidigungsgrund für den Beklagten bildet? Diese Frage ist schon im vorigen Abschnitt (Abschnitt III) näher erörtert worden. Das dort Gesagte läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Richter in einem solchen Falle unterscheiden muß, ob das thatsächliche Vorbringen des Klägers dem Anspruche desselben ohne Weiteres die rechtliche Grundlage entzieht, oder ob dazu noch eine Erklärung des Beklagten (z. B. daß er mit seiner Gegenforderung aufrechne oder daß er das der Klage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anfechte u. s. w.) erforderlich ist. Im ersteren Falle ist (wenn es sich z. B. um ein Versäumnißurtheil handeln sollte) die Klage zurückzuweisen, im letzteren

dagegen ist die Einrede nur zu berücksichtigen, wenn die erforderliche Erklärung des Beklagten hinzutritt. Was nun speciell die materiellrechtlichen Einreden betrifft, so ist deren Berücksichtigung nach dem Entwurfe und den Motiven unter allen Umständen an die Voraussetzung gebunden, daß der Beklagte dieselben ausdrücklich geltend macht, wogegen die ipso jure wirkenden Einredethatsachen auch in dem Falle berücksichtigt werden sollen, wenn sie durch des Klägers Vortrag in das Streitmaterial gelangt sind. Es ist dies die einzige praktische Folge, die sich mit Grund an den Gegensatz der materiellrechtlichen und der prozeßrechtlichen Einreden knüpfen läßt, und diese Folge ist, wie sich aus nachstehenden Erwägungen ergeben dürfte, nicht von großer Bedeutung.

Es liegt auf der Hand, daß der Kläger, namentlich ein durch einen Rechtsanwalt vertretener Kläger, sich möglichst davor hüten wird, Thatsachen zur Sprache zu bringen, die dem Beklagten zur Vertheidigung dienen können. Freilich läßt sich dies nicht immer vermeiden, es giebt Fälle, wo eine und dieselbe Thatsache den Grund der Klage und zugleich den Grund einer Einrede enthält. Wer aus einem gegenseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Vertrage, z. B. einem Kaufvertrage, klagt, liefert damit unfreiwillig dem Beklagten den Stoff zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Ebenso ergeben sich die thatsächlichen Voraussetzungen der Verjährungseinrede zuweilen schon durch einfache Berechnung aus dem Inhalte der Klage, wenn diese auch noch so vorsichtig abgefaßt sein sollte. Die Einrede der Vorausklage endlich steht der Bürgschaftsklage jederzeit entgegen, ohne einer besonderen thatsächlichen Begründung zu bedürfen. In allen diesen Fällen ist mit der Klage zugleich eine Einrede gegeben, und es entsteht daher die Frage, ob nicht der Kläger, um der Abweisung der Klage vorzubeugen, die Einrede durch eine anticipirte Replik elidiren müsse. Diese Frage ist in Betreff der Einrede des nicht erfüllten Vertrages entschieden zu verneinen, da es sich hier um eine Gegenforderung handelt und es lediglich vom Belieben des Beklagten abhängt, ob er die Gegenforderung in demselben Prozesse gelten machen will oder nicht. Demzufolge ist hier selbstverständlich ein Antrag des Beklagten zu erwarten. Dagegen hat man darüber gestritten, ob die Einrede der Verjährung und die der Vorausklage „von Amtswegen", wie man nicht ganz correct zu

sagen pflegt, oder nur auf Anrufung des Beklagten zu berücksichtigen sei. Diese einigermaßen zweifelhafte Frage kann aber leicht auf dem Wege der Gesetzgebung entschieden werden, ohne daß man deshalb das Institut der materiellrechtlichen Einreden aufrecht zu halten braucht.

Von den eben besprochenen Fällen abgesehen, wird es äußerst selten vorkommen, daß der Kläger selbst dem Beklagten den Stoff zu einer Einrede liefert, und man wird es unbedenklich dem Richter überlassen können, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob des Klägers eigenes Vorbringen nothwendig zur Abweisung der Klage führe, oder ob die Klage erst auf einen dahin zielenden Antrag des Beklagten abzuweisen sei. Uebrigens wird der Richter, bevor er sich hierüber schlüssig macht, in Gemäßheit des § 130 der Civilprozeßordnung durch Befragen des Klägers darauf hinzuwirken suchen, daß der Widerspruch zwischen dem Klagvortrage und dem Klaggesuche in geeigneter Weise, sei es nun durch eine Berichtigung des Klagvortrages oder durch eine anticipirte Replik, beseitigt werde. Es wird daher in einem solchen Falle nicht leicht zu einer Abweisung der Klage kommen.

Ich gelange hiernach zu dem Resultate, daß der Begriff der Exceptionen oder der Einreden im engeren Sinne für unser heutiges Recht entbehrlich ist und daß man daher von der Aufnahme dieses Begriffes in ein neues Gesetzbuch recht wohl absehen könnte. Wie in Abschnitt III ausgeführt worden ist, sind die Einreden ihrer Begründung und ihren Wirkungen nach unter sich sehr verschieden und lassen mannigfache Eintheilungen zu, von denen einige, wie namentlich die Eintheilung in rechtsverneinende und rechtsverfolgende Einreden, von größerer praktischer Wichtigkeit sein dürften, als die Eintheilung in materiellrechtliche und prozeßrechtliche Einreden. Die genauere Feststellung aller dieser Unterschiede kann füglich der Wissenschaft überlassen bleiben.

Will man aber dem vielbestrittenen Begriffe der materiellrechtlichen Einreden durch Aufnahme desselben in das bürgerliche Gesetzbuch praktische Geltung verschaffen, so sollte man ihn wenigstens nicht mit demselben Kunstausdrucke bezeichnen, den man bisher für die Einreden im weiteren Sinne gebrauchte. Der Entwurf bezeichnet die materiellrechtliche Einrede mit „Einrede“ schlechthin und hat für die „prozessuale, die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen mit begreifende Ein-

rede" den Ausdruck „Einwendung" gewählt (Motive Bd. I S. 360). Ich halte diese neue Terminologie für sehr bedenklich, und zwar schon aus dem Grunde, weil sie mit der Terminologie der Civilprozeßordnung nicht in Einklang steht. Soll die Gesetzgebung eines Landes ein einheitliches Ganzes bilden, wie ich als selbstverständlich ansehe, so dürfen auch die Kunstausdrücke nicht in dem einen Gesetze eine andere Bedeutung haben, als in dem andern. Gerade in der Lehre von den Einreden, in der so lange Zeit hindurch eine bedauerliche Sprach- und Begriffsverwirrung geherrscht hat, ist eine feste, gleichförmige Terminologie höchst wünschenswerth. Nun ist aber der Ausdruck „Einrede" als Kunstausdruck für die Einreden in der weiteren Bedeutung des heutigen Prozeßrechts bereits so eingebürgert, daß eine Aenderung desselben nur neue Unsicherheit und Verwirrung hervorzurufen geeignet ist. Auch spricht die bei Weitem überwiegende praktische Bedeutung des Begriffes der Einreden im weiteren Sinne entschieden für die Beibehaltung des dafür gebräuchlichen Kunstausdruckes. In der Mehrzahl der Prozesse spielt die Frage, was zum prozessualen Klaggrunde gehöre und was Gegenstand einer Einrede, einer Replik u. s. w. sei, eine sehr wichtige Rolle. Nicht minder wichtig ist die scharfe Unterscheidung der wahren Einreden (im prozessualen Sinne) von sonstigen Einwendungen, die man leider auch nicht selten als Einreden bezeichnet. Solche Einwendungen sind z. B. die s. g. exceptio obscuri s. inepti libelli, die nichts weiter als eine Bemängelung der Klage ist, ferner die s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae, die eine motivirte Ableugnung des Klaggrundes ist, ingleichen die Prozeßeinreden, auch prozeßhindernde oder prozeßverzögerliche Einreden genannt, die auf Bemängelungen der Formalien des Prozesses hinauslaufen. Schon zur Unterscheidung der wahren prozeßrechtlichen Einreden von andern, fälschlich als Einreden bezeichneten Einwendungen erachte ich die Beibehaltung des herkömmlichen Kunstausdruckes „Einrede" für nothwendig. Die in dem Entwurfe beliebte Vertauschung desselben mit dem Ausdrucke „Einwand" widerspricht überdies dem Geiste der deutschen Sprache, die unter einem Einwande jede Entgegnung begreift, wenn sie auch nur in einer thatsächlichen oder rechtlichen Gegenausführung besteht.[1]) Am räthlichsten

[1]) Windscheid Pandektenr. Bd. I § 47 Note 8 S. 121, Reinhold i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. Bd. XIII S. 204.

dürfte es demnach sein, die prozeßrechtlichen Einreden auch künftig so, wie zur Zeit allgemein üblich ist, als „Einreden" schlechthin zu bezeichnen, zur Unterscheidung der Exceptionen oder Einreden im römischrechtlichen Sinne aber sich eines Zusatzes, z. B. Einrede „im engeren Sinne" oder „materiellrechtliche" Einrede, zu bedienen.

G. Pätz'sche Buchdr. (Lippert & Co.), Naumburg a/S.

Falkmann. — **Die Preußische Gewerbesteuergesetzgebung** in ihrer heutigen Gestalt und das Gesetz, betr. Besteuerung des Wanderlagerbetriebes. Mit Kommentar für Justiz- und Verwaltungsbeamte von Rudolf Falkmann, Amtsrichter. 1886. X u. 253 S. gr. 8⁰. Geh. 4 Mark 50 Pf. Geb. 5 Mark 50 Pf.

— — **Die Zwangsvollstreckung** mit Ausnahme der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Auf Grundlage des gemeinen, preußischen und französischen Rechts. Von Rudolf Falkmann, Amtsrichter. 1888. XII u. 350 S. Geh. 6 Mark. Geb. 7 Mark.

Foerster (Flister). — **Betriebs-Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands.** Vom 11. Mai 1874. In der durch die Beschlüsse des Bundesraths abgeänderten Fassung. Mit Erläuterungen von Carl Foerster (Flister). **Ausgabe A** (ohne Anlage D). 1886. X u. 209 S. 8⁰. Geh. 2 Mark. Cart. 2 Mark 25 Pf. — **Ausgabe B** (mit Anlage D). 1886. X u. 238 S. 8⁰. Geh. 2 Mark 25 Pf. Cart. 2 Mark 50 Pf.

Hesse. — **Immobiliarrecht und Immobiliarexekution** nach den Preußischen Gesetzen vom 5. Mai 1872 und 13./18. Juli 1883 dargestellt durch systematische Texte derselben von **M. Hesse,** Amtsrichter. 1884. XXVIII u. 369 S. 8⁰. Ganzleinenband 5 Mark.

de Jonge. — **Das stille Prokuraindossament.** Eine neue Wechselrechtsbildung. Von Dr. jur. **M. de Jonge,** Gerichtsreferendar in Köln. 1888. 32 S. 8. Geh. 80 Pf.

Just. — **Die Unfall-Versicherung** der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen nach dem Reichsgesetz vom 5. Mai 1886 und den zu demselben ergangenen Ausführungsbestimmungen der Bundesstaaten unter besonderer Berücksichtigung der für die einer Berufsgenossenschaft nicht angeschlossenen Betriebe des Reichs und des Staats maßgebenden Vorschriften bearbeitet von Just, Kgl. preuß. Regierungsrath. 8⁰. 1888. Preis 7 Mark, geb. 8 Mark.

Krah. — **Erbrecht und Erbschaftsregulirung, sowie internationale Grundsätze und Vertragsbestimmungen in Erbschaftssachen.** Mit Formularen für Testamente, Kodizille, Erbverträge, Erbschaftskäufe, Erbbescheinigungen, Einkindschaftsverträge, Inventarien und Rezesse. Von C. Krah, Amtsgerichtsrath, Ritter 2c. 1888. Zweite Auflage. Geh. Preis 3 Mark.

— — **Der Konkurs-Verwalter** nach der deutschen Reichs-Konkurs-Ordnung vom 10. Februar 1877. Bearbeitet von C. Krah, Amtsgerichtsrath, Ritter 2c. Vierte Auflage. 1887. Cart. 2 Mark 10 Pf.

— — **Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich** mit Erläuterungen und den Entscheidungen des Reichsgerichts, sowie Hinzufügung von zwei Reichs-Straf-Nebengesetzen und den Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte in Strafsachen. Herausgegeben von C. Krah, Amtsgerichtsrath. 1888. 400 S. 12⁰. Cart. 2 Mark.

Die Gerichtliche Redekunst.

Von

Dr. Hermann Ortloff,

Landgerichtsrath in Weimar.

610 Seiten. gr. 8. Preis 13 Mark. Geb. 15 Mark.

„Der zweite, besondere oder praktische Theil „die Parteireden vor Gericht“ ist dem ersten, den er an Umfang um das Doppelte übertrifft, verhältnißmäßig schnell gefolgt. Besonders hervorzuheben ist, daß der zweite Theil eine umfassende Darstellung der Beweislehre enthält, welche zwar in erster Linie auf die Beziehung des Beweisrechtes zu den Parteireden im Civil- und Strafprocesse Rücksicht nimmt, aber auch als wissenschaftliche Behandlung des Gegenstandes von Bedeutung ist. Der Verf. behandelt zunächst den Eingang der Rede, seinen Zweck und Inhalt, seine Bearbeitung und seine Form. Sodann folgt die Erzählung des Rechtsfalles, die Aufstellung der Streitfragen (propositio, quaestio, partitio), dann die Aus- und Beweisführung: die Beweislehre. Er bespricht dabei im Einzelnen: Beweisgegenstand und Beweislast, Urtheilsbildung und Beweisrecht, Grundbegriffe der Thatsachenbeweise, Beweismittel und Beweisgründe, Arten des Beweises, Beweis-Ersatz und Erleichterung (Gesetze und Erkenntnisse, gemeine und Rechtsvermuthungen, Erklärungen der Parteien d. h. Geständniß und Eidesleistungen Offenkundigkeit), die Beweisführung mit empirischen Beweisgründen (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden) und mittels logischer Folgerung, und endlich die Anordnung der Beweisführung. Schließlich behandelt er den Ausgang der Rede und in einem Anhange die Stellung des Redners vor dem Publikum und gegenüber der Presse. Von Inhalt und Form des zweiten Theiles gilt dasselbe wie von dem ersten. Die Anweisungen und Rathschläge des Verf.'s zeugen von umfassender Erfahrung, sorgfältiger Beobachtung und großer Menschenkenntniß, seine rechtlichen Ausführungen nicht minder von Sachkenntniß und scharfsinniger Durchdringung des Stoffes. Das Buch kann dem Gerichtsredner, welcher im Anfange seiner Laufbahn steht, als werthvolle Anleitung für die sachgemäße Ausübung seines Berufes dienen, der Erfahrene und Geübte mag daraus mancherlei Anregung und Belehrung schöpfen und kein Jurist wird es ohne reges Interesse lesen.“

(Literar. Centralblatt 1888 Nr. 13.)

„Mit dem Werke besitzen wir eine auf tüchtiger wissenschaftlicher und praktischer Grundlage aufgebaute Darstellung der gerichtlichen Redekunst. Sie wird namentlich dem Jünger der Rechtswissenschaft, der die Regeln, die bei der Rede vor den Gerichten einzuhalten sind, um im Dienste des Rechts Ersprießliches zu leisten. sich anzueignen bestrebt ist, gute Dienste leisten. Aber auch der bereits in der gerichtlichen Beredsamkeit geübte und erfahrene Redner wird in dem Werke, namentlich in dem II. Theil desselben, der die Parteireden vor Gericht in praktischer Weise zur Darstellung bringt, Vieles finden, das ihm bei der Durchführung seines schwierigen, oft dornenvollen Berufes unterstützend zur Seite treten dürfte, zumal ihm der Verf. in nicht wenigen, bislang noch allzuwenig erörterten Punkten geradezu neue Gesichtspunkte eröffnet. Als Hauptverdienst des Verf. glaube ich jedoch das hervorheben zu müssen, daß erwohl als Erster die Regeln der gerichtlichen Beredsamkeit nicht blos für das Gebiet des Strafverfahrens, sondern auch für das des Civilprozesses in seinem Werke zur Darstellung gebracht hat, daß er also in derletzteren Richtung etwas ganz Neues in der juristischen Litteratur zu Tage gefördert hat. Sein Werk stellt sich in Folge dessen und seiner geschilderten Vorzüge auch als ein sehr gewichtiges Hilfsmittel der Civilprozeßrechtswissenschaft, insbesondere der neuen deutschen, dar, und wird der Civilprocessualist, und zwar nicht nur der praktische, sondern auch der mit theoretischen Aufgaben sich befassende, in der Folge dieses Werk, das sich namentlich in den Materien des Beweisrechts als ein nicht zu unterschätzendes Interpretationsmittel des neuen Deutschen Civilprozesses zu erkennen giebt, mit Erfolg benützen.“ **(Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht.)**

Rotering. — **Das Feld- und Forstpolizeigesetz.** Vom 1. April 1880. Mit Kommentar von F. Rotering, Staatsanwalt zu Gnesen. 1887. IV u. 105 S. 8°. Cart. 1 Mark 50 Pf.

— — **Polizei-Uebertretungen und Polizei-Verordnungsrecht.** Von F. Rotering, Staatsanwalt zu Gnesen. 1888. 121 S. 8°. Cart. 2 Mark.

Scheiff. — **Das Dynamitgesetz vom 9. Juni 1884.** Eine systematische Darstellung als Beitrag zur Frage nach der Revision des Gesetzes von Alfons Scheiff, Referendar am Königl. Landgericht zu Köln. 1886. VIII u. 70 S. gr. 8°. Geh. 1 Mark 40 Pf.

Schmitz. — **Sammlung der Bescheide, Beschlüsse und Rekursentscheidungen des Reichs-Versicherungsamts** nebst den wichtigsten Rundschreiben desselben. Systematisch zusammengestellt von J. Schmitz, Herausgeber der „Arbeiter-Versorgung". 1888. XVI u. 334 S. gr. 8°. Geh. 6 Mark, geb. 7 Mark.

Schönfeld. — **Das deutsche Gerichtskostengesetz.** Unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsgerichtes und des Kammergerichtes, sowie der Preußischen Justizministerialerlasse, herausgegeben von Schönfeld, aufsichtführender Amtsrichter. 1887. VIII u. 64 S. 8°. Cart. 1 Mark 25 Pf.

— — **Der Offenbarungseid und die Haft** als Maßregeln der Zwangsvollstreckung nach der Civilprozeßordnung dargestellt von Schönfeld, Amtsrichter. 1888. 64 S. 8°. Geh. 1 Mark.

Seger. — **Das Gesetz, betreffend die Auflösung des Lehnsverbandes** der nach dem Lehnrecht der Kurmark, Altmark und Neumark zu beurtheilenden Lehne. Vom 23. Juli 1875. Ergänzt und erläutert durch die vollständigen amtlichen Motive, die Commissionsberichte und Verhandlungen des Landtages von Carl Seger, Justizrath, Rechtsanwalt am Kammergericht und Notar. 1886. VIII und 104 S. 8°. Cart. 1 Mark 50 Pf.

Walter. — **Gebührenordnung für Rechtsanwälte** vom 7. Juli 1879, nebst den einschlägigen Bestimmungen anderer Reichsgesetze und den landesgesetzlichen Ausführungs-Verordnungen. Mit Kommentar von Heinrich Walter, Rechtsanwalt und Notar a. D. 1888. Zweite durchgearbeitete und bis auf die neueste Zeit vermehrte Auflage. (Unter der Presse.)

— — **Die Rechtsanwaltsgebühren in Preußen** im Gebiete des allgem. Landrechts. Zusammenstellung aller in Preußen neben der deutschen Gebührenordnung für Rechtsanwälte giltigen landesgesetzlichen Vorschriften über Anwaltsgebühren (Ausführungsgesetz vom 2. Febr. 1881, Gesetz vom 30. Juli 1883, Gesetz und Tarif vom 12. Mai 1851, Gesetz vom 1. Mai 1875), mit Kommentar von Heinrich Walter, Rechtsanwalt und Notar a. D. 1885. XVI u. 180 S. gr. 8°. Geh. 3 Mark 60 Pf. Geb. 4 Mark 50 Pf.

Verlag von **Siemenroth & Worms** in **Berlin SW.**, Wilhelmstraße 129.

Zeitschrift für Gerichtsvollzieher

herausgegeben

von deutschen Rechtsgelehrten und Fachmännern.

Erscheint seit 1887 monatlich zweimal. Preis vierteljährlich Mk. 1.60.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung und Postanstalt (Postzeitungsliste Nr. 6530).

Die bereits erschienenen Quartale und Nummern werden nachgeliefert.

Inhalt.

Gesetze, Verordnungen, Erlasse, Verfügungen Deutscher Justiz- und Verwaltungsbehörden — wissenschaftliche Abhandlungen und Erörterungen aus der Praxis — Aussprüche oder Entscheidungen (Urtheile, Erkenntnisse, Beschlüsse, Bescheide u. s. w.) Deutscher Gerichte jeder Ordnung über Alles, was das Gerichtsvollzieherwesen betrifft und mit demselben mittelbar oder unmittelbar im Zusammenhange steht. — Personal-Nachrichten. — Bücherschau (literarische Mittheilungen). — Sprechsaal (zugleich als Fragekasten, in dem den Abonnenten bereitwilligst Auskunft auf ihre Fragen ertheilt wird).

Die bisher erschienenen Nummern des Jahrgangs 1888 brachten folgende größere Abhandlungen:

Die Vollstreckung von Urtheilen auf Zahlung zukünftiger Alimente. (Amtsrichter Falkmann.) — Die Fixation des Einkommens der Gerichtsvollzieher im Großherzogthum Hessen. — Hat der preußische Gerichtsvollzieher, wenn ihm von dem Vormunde des Gläubigers ein Auftrag zur Zwangsvollstreckung ertheilt wird, für diesen Auftrag und demnächst für die Ablieferung des Geldes die Mitwirkung des Gegenvormundes zu verlangen? (Aufsichtf. Amtsrichter Halle.) — Die Zuziehung des Gerichtsvollziehers behufs Beseitigung des Widerstandes gegen die Vornahme einer Handlung. (§ 777 CPO.) — Zustellung eines Arrestbefehles, betreffend den Anspruch auf Herausgabe von Transportgütern gegen den preußischen Eisenbahnfiskus. 1. Rechtsfall. 2. Beurtheilung. (Landrichter Dr. Pollack.) — Darf der Gerichtsvollzieher die Uebernahme des Vollstreckungsauftrages ablehnen, wenn die ihm übergebene vollstreckbare Ausfertigung von einem offenbar unzuständigen Gerichtsschreiber ertheilt ist? — Ueber einige besondere Fälle der Freigabe und der Rückgabe freigegebener Pfändungsgegenstände. (Amtsrichter Voß.) — Kann in einem gezogenen Wechsel der Bezogene (Trassat) dieselbe Person sein wie der Remittent (erste Nehmer)? (Landrichter Dr. Pollack.) — Inwiefern können die Gerichtsvollzieher zur Verhütung der Interventionsprocesse gegen Zwangsvollstreckungen beitragen? Winke für die Gerichtsvollzieher bezüglich ihres Verhaltens bei Pfändungen gegen Mitbewohner und Aftermiether und bei umfangreichen Pfändungen. (Landrichter Dr. Pollack.) — Gültigkeit eines an eigene Ordre ausgestellten Eigenwechsels. (Landgerichtsrath Dr. Ortloff.) — Ueber die Nebenthätigkeit des Gerichtsvollziehers bei Zustellung von Pfändungsbeschlüssen nach § 739 CPO. (Amtsrichter Voß.) — Zwangsweise Erwirkung der Herausgabe eines Kindes. (Rechtsanwalt a. D. Walter.) — Die Protestgebühr bei Erfüllung des Begehrens des Protestbeamten seitens des Protestaten. (Landgerichtsrath Dr. Ortloff.) — Ueber das Beschwerde-Verfahren wider Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers. — Die Rechte dritter im Zwangsvollstreckungsverfahren, insbesondere nach dem Preußischen Zwangsvollstreckungsgesetze vom 13. Juli 1883. (Aufsichtf. Amtsrichter Schönfeld.) — Vorlegung des Wechsels bei dem Proteste gegen eine juristische Kollektiv-Persönlichkeit. (Landrichter Kreis.) — Bemerkungen über die Zwangsvollstreckung in die durch § 715 der Civilprozeßordnung von der Pfändung ausgeschlossenen Sachen. (Landrichter Dr. Pollack.) — Rückgabe der Amtskautionen an die Gerichtsvollzieher in Preußen. — Zustellung im Mahnverfahren. (Amtsrichter Voß.) — Zustellung des Schuldtitels zum Zwecke der Vollstreckung. (Zu § 671 CPO.) — Die protestmäßige Feststellung der erstmaligen Wechselvorlegung zur Zahlung. (Landgerichtsrath Dr. Ortloff) — Zur Reform des Gerichtsvollzieher-Instituts. — Einige Fragen aus der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher. (Oberamtsrichter L. Mittell.) — Muß der Gerichtsvollzieher nach § 177 CPO. eigenhändig das geschäftsmäßig verschlossene Schriftstück einem Postbeamten übergeben oder genügt das Einwerfen desselben in einen zur Aufnahme von Postsendungen angebrachten Kasten? — Die Stellung des gerichtlichen Vollstreckungsorgans im österreichischen Civilprocesse. (ord. Prof. d. Rechts Dr. E. von Schrutka-Rechtenstamm.) — Ueber die Vollziehung des Arrestes. (aufsichtf. Amtsrichter Schönfeld.) u. s. w.

Urtheil der „Blätter für Rechtspflege" XV. S. 199 über die

„Zeitschrift für Gerichtsvollzieher":

. . . . Die außergewöhnlich praktische Bedeutung des in der „Zeitschrift für Gerichtsvollzieher" gebotenen ergiebt sich an erster Stelle für die Gerichtsvollzieher selbst, an zweiter aber auch für die Rechtsanwälte, Amtsgerichte und Landgerichte sowie für die obersten Stellen der Justizverwaltung. Soll nicht ein unliebsamer Stillstand in der Gerichtsvollzieherpflege eintreten, so müßte bei den Amts- und Landgerichten durchweg ein Exemplar dieser vortrefflich angelegten und vornehm wissenschaftlich gehaltenen äußerst gediegen redigirten, durchweg von Praktikern getragenen Zeitschrift gehalten werden. . . . . Von allen bestehenden Zeitschriften dürfte keine von einer so hervorragenden praktischen Bedeutung sein, als die erwähnte und deshalb wird ihre Anschaffung und Verbreitung auf das Wärmste empfohlen.

G. Pätz'sche Buchdruckerei (Lippert & Co.), Naumburg a/S.

Reinhold, Karl,

Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast mit besonderer Rücksicht auf die Reichscivilprozeßordnung und den Entwurf eines neuen bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich

Berlin 1888